UNIVERSITÉ d'AIX-MARSEILLE
Faculté de droit et des sciences économiques d'Aix-en-Provence

LA NOTION DE PARTIE ET LE RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le 23 juin 1958, à 10 heures

PAR

BRUNO KORNPROBST

LAURÉAT DE LA FACULTÉ
DIPLOMÉ DE L'INSTITUT D'ÉTUDES POLITIQUES DE PARIS

MEMBRES DU JURY :

Président : M. P. WEIL, Professeur.

Suffragants { M. L. TROTABAS, Professeur.
M. J. DUPUY, Professeur.

PARIS
LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON & R. DURAND-AUZIAS
20, Rue Soufflot, 20

1959

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545820_0026

La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir

UNIVERSITÉ d'AIX-MARSEILLE
Faculté de droit et des sciences économiques d'Aix-en-Provence

LA NOTION DE PARTIE ET LE RECOURS POUR EXCES DE POUVOIR

THÈSE POUR LE DOCTORAT
présentée et soutenue le 23 juin 1958, à 10 heures

PAR

BRUNO KORNPROBST
LAURÉAT DE LA FACULTÉ
DIPLOMÉ DE L'INSTITUT D'ÉTUDES POLITIQUES DE PARIS

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

MEMBRES DU JURY :

Président : M. P. WEIL, Professeur.

Suffragants { M. L. TROTABAS, Professeur.
M. J. DUPUY, Professeur.

PARIS
LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON & R. DURAND-AUZIAS
20, Rue Soufflot, 20
—
1959

FACULTÉ de DROIT et des SCIENCES ÉCONOMIQUES de l'UNIVERSITÉ d'AIX-MARSEILLE

PERSONNEL DE LA FACULTE

PROFESSEURS HONORAIRES

MM. PERROUX (J.), Professeur honoraire à la Faculté de droit de Lyon.
LABORDE-LACOSTE (M.), Professeur à la Faculté de droit de Bordeaux.
AULAGNON (L.), Professeur honoraire à la Faculté de droit de Lyon.
DUMAS (A.), Aix.
CREMIEU (L.), Aix.
REUTER (P.), Professeur à la Faculté de droit de Paris.
CHARLIER (R.-E.), Professeur à la Faculté de droit de Paris.

PROFESSEURS

MM. FABRE (H.), Doyen (institutions internationales).
LEBRET (J.), (droit criminel).
AUDINET (A.), (droit civil).
DURAND (Ch.) (droit constitutionnel).
JAUFFRET (A.) (droit commercial).
TROTABAS (L.), correspondant de l'Institut (législation financière).
GEOUFFRE DE LA PRADELLE (P.), Assesseur (droit international public).
KAYSER (P.) (droit divil).
MACQUERON (J.) (droit romain et histoire du droit).
MARCY (G.) (économie politique).
BERTRAND (E) (droit civil).
AUBENAS (R.) (droit romain et histoire du droit).
SELLIER (F.) (économie politique).
FOURGEAUD (A.) (économie politique).
TABATONI (P.) (économie politique).
WEIL (P.) (droit administratif).
VIALA (A.) (droit romain et histoire du droit).
LE BRETON (H.) (droit civil).
BOULOUIS (J.) (droit administratif).
DUPUY (J.) (droit public).
FLORY (M.) (droit public).

Mlle LOBIN (Y.) (droit privé).

M. DUFOUR (J.) (économie politique).

AGREGES

MM. PARENT (J.) (économie politique).
BONASSIES (P.) (droit privé).
DISCHAMPS (J.-C.) (économie politique).

CHARGES DE COURS

MM. LAMBERT (G.) (droit privé).
LUCAS (P.) (économie politique).
VENEZIA (droit public).

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

INTRODUCTION

"Adaptons les théories juridiques aux faits et non les faits aux théories juridiques".
Duguit (1)

Le mot « crise » ne se trouve pas en tête de ces développements. C'est que les Cassandre du droit administratif n'ont, en règle générale, pas de chance. Il suffit de parler de la « crise » d'une notion pour qu'elle revienne en bonne place dans les arrêts du Conseil d'Etat; il n'est que de dénoncer « l'agonie » ou la « mort » d'une technique pour que la jurisprudence ne tarde pas à lui accorder une place privilégiée.

Il est vrai que parler de la notion de partie dans le recours pour excès de pouvoir après les arrêts Dockès et de Villèle, c'est aboutir au même résultat, en risquant de surcroît un paradoxe téméraire. Il s'agit bien d'un paradoxe (para-doxein : à côté de ce qui est enseigné), mais qui semble justifié. La réforme du contentieux réalisée en 1953 a en effet introduit le double degré de juridiction dans le contentieux de l'excès de pouvoir; les conséquences de cette modification d'ordre technique ont été perçues tant par les commissaires du gouvernement que par la doctrine. Mais les premiers ont donné de cette transformation une analyse manquant souvent de précision, tandis que les auteurs avaient nettement tendance à minimiser la portée des changements intervenus. Pourtant la nature même du recours pour excès de pouvoir semble avoir été définitivement transformée; l'autonomie procédurale et contentieuse du recours, depuis longtemps menacée,

(1) *Etudes de droit public*, T. I, p. 241.

paraît en voie de disparition. L'objet de cette étude est de le démontrer; son plan en découle tout naturellement.

Section I

L'OBJET DE CETTE ÉTUDE

Comme toute action contentieuse, le recours pour excès de pouvoir peut être envisagé de trois façons : en s'attachant aux pouvoirs du juge qui l'apprécie, en s'intéressant au corps de règles qu'il permet de créer, en analysant la condition des parties qui l'intentent. On a beaucoup écrit sur la nature particulière du recours pour excès de pouvoir, sur son originalité, sur son rôle. Cependant, si les auteurs se sont attachés aux pouvoirs du juge et aux règles de droit issues de ses décisions, aucun encore à notre connaissance ne s'est attaché au troisième point de vue possible, celui des plaideurs. Il est vrai qu'il semblait n'y avoir rien à dire. En effet, dans le cadre classique d'une distinction des contentieux, et qu'on adoptât la classification quadripartite de Laferrière ou la distinction plus moderne entre contentieux objectif et subjectif, le recours pour excès de pouvoir était un procès fait à un acte, exclusif de la notion de partie. Après avoir sommairement rappelé le principe de la distinction des contentieux en adoptant l'optique du juge, qui fut celle de sa naissance et reste celle de son application, il faudra rechercher la justification qui en fut donnée dans le cadre du droit positif créé ou en création. C'est ensuite seulement qu'il sera possible de le remettre en question en posant le problème du recours pour excès de pouvoir vu dans l'optique des plaideurs.

§ 1. — Le recours pour excès de pouvoir et le juge.

Une longue tradition, en partie créée par les commisaires du gouvernement, conduit en effet à considérer la matière sous l'angle des pouvoirs du juge quant au contrôle du fait, à la substitution de motifs, à la notion d'ordre public, à l'interprétation de la loi, à la chose jugée surtout (étendue, portée). La solution donnée à ces problèmes reçut une justification qui consacrait l'autonomie du recours pour excès de pouvoir.

A. — Les problèmes posés

L'acte administratif unilatéral est d'une nature particulière, différente de celle des autres actes de la vie juridique. Il se trouve aussi éloigné des actes de droit privé passés par des particuliers

ou des administrateurs que des actes matériels effectués par l'administration. Ceci provient de son caractère exécutoire, lui-même issu de la parcelle de puissance publique détenue par ses auteurs dans l'exercice de leurs fonctions. On comprend donc aisément que le Conseil d'Etat, juge unique de l'excès de pouvoir pendant près de cent cinquante ans, se soit trouvé face à des problèmes délicats et tout à fait spécifiques dès lors qu'il eut, plus ou moins consciemment, décidé d'attraire le contentieux de l'excès de pouvoir dans sa juridiction.

La nature particulière des actes qui lui étaient déférés le conduisit, sitôt que le recours pour excès de pouvoir eut pris sa physionomie propre, à limiter volontairement ses pouvoirs quant aux dispositifs de ses décisions ; ces dispositifs en effet devaient être limités à l'annulation des actes attaqués, sans qu'il soit possible de remplacer la décision annulée par une autre ni d'adresser des injonctions à l'administration. La différence était donc nette par rapport aux pouvoirs normalement attribués à un juge. Quant aux motifs des arrêts rendus en excès de pouvoir, ils devaient être strictement limités à des arguments de légalité pure (compétence, formes, fond du droit) et le Conseil d'Etat se montrait fort hésitant à déborder ce cadre.

Pourtant dans cette optique même, une évolution s'est produite. Le recours pour excès de pouvoir est un recours en annulation d'un acte administratif ; or les notions d'annulation et d'acte administratif se sont transformées sous la pression des plaideurs demandant des solutions nouvelles.

La notion d'annulation d'abord se trouve altérée : certaines faveurs sont en effet consenties à des requérants, généralement pour des raisons d'équité ; mais ces sortes de passe-droits, techniquement possibles, modifient le contenu même de la notion d'annulation. L'autorisation de joindre dans une même requête des conclusions de plein contentieux et des conclusions à fin d'annulation, la pratique des annulations partielles, l'admission de la tierce opposition, la jurisprudence Lafage, les directives données à l'administration, etc., sont autant de techniques qui aboutissent en fait à restreindre le caractère sans nuance qui faisait l'originalité de l'annulation pour excès de pouvoir.

L'extension de la notion et du domaine de l'acte administratif est un second phénomène notable. Etendant son contrôle à des actes qui ne sont pas organiquement administratifs (jurisprudence Monpeurt), le Conseil d'Etat juge de l'excès de pouvoir, tend à se comporter vis-à-vis d'eux comme le juge civil, qui pourrait d'ailleurs avoir à en connaître (jurisprudence El Hamidia).

B. — La solution proposée pour justifier le particularisme du recours pour excès de pouvoir

Cette évolution remarquable enlève une partie de sa valeur à l'explication invoquée pour justifier les particularités du recours pour excès de pouvoir par rapport aux autres recours contentieux.

Devant les pouvoirs différents que la juridiction administrative se reconnaissait en fonction des diverses actions dont elle avait à connaître, la doctrine s'est en effet efforcée de présenter la distinction sous une forme systématique et a cherché à la justifier rationnellement. Ce fut essentiellement l'œuvre de Laferrière. Il proposait de distinguer quatre branches dans le contentieux administratif, chaque affaire relevant d'une catégorie contentieuse que détermine la matière sur laquelle elle porte, les pouvoirs du juge étant d'interprétation, de répression, d'annulation ou de pleine juridiction suivant la matière à laquelle se rattache le litige.

Mais l'évolution tend à ruiner cette distinction qui est pourtant si commode que le Conseil d'Etat continue à l'invoquer. Dans tous les cas en effet, et surtout lorsque des situations individuelles sont en cause, le juge administratif tend à juger de la même façon. Il ne s'agit certes que d'une tendance ; des développements ultérieurs s'attacheront à rechercher si les barrières que lui oppose la tradition ont des raisons de céder et des chances d'être renversées.

Aussi bien a-t-on recherché une façon plus satisfaisante de classer les différents recours contentieux, en maintenant le postulat de l'autonomie foncière du recours pour excès de pouvoir. C'est alors en considération du droit applicable que l'on a raisonné.

§ 2. — Le recours pour excès de pouvoir et la règle de droit.

Il est en effet possible de distinguer les actions contentieuses en fonction de la question posée au juge. Au lieu de s'attacher à l'élément « décision » de l'acte juridictionnel, c'est alors l'élément « constatation » que l'on envisage ; et l'on est conduit à distinguer les recours objectifs et les recours subjectifs suivant la nature de la situation juridique qu'ils servent à défendre, la nature de la question posée au juge.

A. — La justification proposée

On déplace ainsi le centre d'intérêt de la technique employée par le juge à la règle de droit qu'il applique ou qu'il crée. Dans ce cadre, la double limitation des pouvoirs du juge quant au

dispositif et surtout, dans cette optique de la règle de droit, aux motifs de ses décisions se justifie et s'explique de façon historique et rationnelle.

L'explication historique est simple. Né de la méfiance des constituants à l'égard des tribunaux judiciaires, le contentieux administratif ne fut expressément confié à la juridiction administrative que par la loi de 1872 instituant la justice déléguée à son profit. On conçoit donc combien fut délicate la position du Conseil d'Etat face à un corps d'administrateurs habitués depuis des siècles à n'être contrôlés que dans le cadre d'un pouvoir hiérarchique remontant jusqu'au roi. Même si, depuis 1804, la volonté de ce dernier en face des recours d'administrés s'exerçait rarement sans et jamais contre l'opinion du Conseil d'Etat, il reste que les sentences prononcées « au nom du roi » étaient plus facilement acceptées par l'administration. S'il voulait prendre utilement cette lourde succession, le Conseil d'Etat devait faire sa censure légère et ne pas tenter d'instaurer des rapports de force avec une administration qu'il contrôlait mais dont on eût mal compris et pas accepté qu'il censurât l'action trop sévèrement. Le caractère largement prétorien de la juridiction de l'excès de pouvoir permettait d'ailleurs au Conseil d'Etat cette souplesse dans son contrôle et l'évolution progressive qui en fut la caractéristique. C'est ainsi que l'on aboutit, en cette matière du droit crée dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, à la création d'un corps de règles autonomes et spécifiques.

Il convenait de justifier théoriquement cette autonomie du recours pour excès de pouvoir. Ce fut l'œuvre de la doctrine moderne qui, après Duguit, s'efforça d'opposer le contentieux objectif et le contentieux subjectif, en cherchant à trouver dans leur nature même la raison de cette différenciation. Si la question posée au juge est de pure légalité, il s'agit d'un contentieux objectif ; en conséquence, les seuls moyens invocables doivent concerner la légalité, la recevabilité est étendue, les effets de la chose jugée absolus. Les solutions admises sont inverses si la question posée met en jeu des situations juridiques que les volontés individuelles ont contribué à créer. Bien entendu, le recours pour excès de pouvoir est un recours objectif ; il en est même l'exemple le plus parfait. Ainsi se trouvent justifiées et expliquées les différences de traitement avec les recours subjectifs. Ainsi et surtout, l'analyse donnée au fond du contentieux de l'excès de pouvoir se trouve légitimée : rien d'étonnant en effet à l'analyse quadripartite des cas d'ouverture, il s'agit là des éléments originaux du contentieux objectif par rapport au contentieux subjectif.

B. — Son insuffisance

Mais, là encore, une évolution due essentiellement aux demandes de plaideurs plus sensibles à l'évolution des cadres de la vie juridique qu'à la clarté des constructions doctrinales, amène à douter de la valeur d'une théorie, qui était d'ailleurs discutable en elle-même.

La distinction ainsi présentée est en effet discutable, aussi bien dans sa présentation que dans ses résultats.

Dans sa présentation d'abord. Elle aboutit en effet à donner une place essentielle à l'étude des ouvertures du recours. En bonne logique une telle étude est pourtant sans grand rapport avec le contentieux administratif proprement dit. La jurisprudence administrative édicte un certain nombre de « normes » qui limitent l'action de l'administration ; il faut les analyser en étudiant le principe de légalité, son origine, son contenu. Ce devrait être l'objet des cours de droit constitutionnel ou de science politique, à la rigueur de droit administratif dans sa partie qui traite des principes de l'action administrative ou du contenu concret de la règle de droit. Or, mis à part quelques auteurs, on n'étudie pas à leur vraie place ces résultats du recours pour excès de pouvoir, mais on les rattache à l'aspect strictement contentieux du mécanisme juridictionnel. C'est une erreur et une source de complications, qui proviennent de l'optique adoptée, celle de la règle de droit créée.

D'autre part, les résultats de la distinction ne sont pas satisfaisants. Elle ne fournit en effet aucun enseignement valable sur les raisons de la limitation des pouvoirs du juge de l'excès de pouvoir à l'annulation. Des contentieux indiscutablement objectifs sont d'ailleurs considérés comme relevant de la pleine juridiction : changements de nom, élections, établissements insalubres, immeubles menaçant ruine. La valeur de la distinction est donc moindre que l'on aurait pu croire.

Il y a plus, et l'évolution actuelle de la jurisprudence tend à remettre en question le principe même d'une telle distinction. Comme toute procédure, et comme le droit tout entier, le recours pour excès de pouvoir est en effet une technique au service d'un esprit. Or il a subi une évolution contradictoire.

L'aspect « recours » de la question, c'est-à-dire la technique, a évolué normalement dans le sens d'une objectivation croissante. Il est même à noter qu'une fois cette technique bien au point, on s'est servi d'elle comme d'un critère permettant de définir d'autres notions (nature d'un contentieux, nature d'un acte, etc...).

Mais dans le même temps, l'aspect « excès de pouvoir », c'est-à-dire l'esprit, évoluait dans le sens d'une subjectivation. Initialement conçu comme un moyen de protéger les individus, le recours pour excès de pouvoir n'avait pas tardé à devenir rapidement une forme de contrôle de l'administration. Il revient aujourd'hui à sa première raison d'être à la suite d'une évolution de la notion de pouvoir : aux temps de l'Etat gendarme, un simple contrôle externe de l'activité de l'administration et des atteintes apportées aux droits et libertés des citoyens suffisait ; avec l'avènement d'un Etat « faustien », il convient de défendre, en quelque sorte par l'intérieur, les droits et libertés de l'individu contre les empiètements d'une action qui tend à les grignoter sans cesse davantage. C'est l'origine des « nouveaux aspects subjectifs du recours pour excès de pouvoir » (2).

La contradiction de cette double évolution explique la « crise » actuelle du recours pour excès de pouvoir : on ne sait plus exactement de quoi il s'agit et les distinctions classiques se révèlent impuissantes à rendre compte de toutes les solutions acquises. Il semble donc utile d'examiner cette institution, car l'on peut bien parler d'institution à propos du recours pour excès de pouvoir, d'un point de vue nouveau. Ce point de vue pourrait être celui des plaideurs.

§ 3. — Le recours pour excès de pouvoir et les plaideurs.

L'infléchissement de l'attitude du juge vers l'adoption de techniques qui tiennent largement compte de la situation des parties, la personnalisation croissante de la règle de droit, ont été perçues depuis longtemps. Mais il reste à en tirer la conséquence majeure. Il semble en effet que l'étude du recours pour excès de pouvoir soit possible dans une optique nouvelle, celle de partie, qu'il s'agisse des particuliers ou des administrations. On reprendrait alors une jurisprudence classique d'un point de vue systématiquement nouveau et l'on s'efforcerait d'y intégrer l'étude des problèmes posés par la réforme de 1953 et par l'évolution récente de notions qui semblaient pourtant définitivement acquises.

A. — L'esprit dans lequel l'analyse sera conduite

Nous envisagerons comment analyser les données fournies par la jurisprudence et quelles conséquences en tirer au sujet de la notion de recours pour excès de pouvoir, dans le but de montrer que les diverses politiques jurisprudentielles suivies par le Conseil d'Etat et les solutions qu'il a jugé bon de donner aux problèmes

(2) Letourneur : *L'apparition de nouveaux éléments subjectifs dans le recours pour excès de pouvoir*, E.D., 1953, p. 66.

concrets qui lui étaient posés ont parfaitement dénaturé la notion classique du recours sans, peut-être, que les auteurs de l'évolution aient nettement perçu l'ampleur des transformations qui se produisaient.

Dans cette optique, le problème de la distinction des contentieux et de l'autonomie du recours pour excès de pouvoir change d'aspect. Le seul fait d'en aborder l'étude en se plaçant au point de vue des plaideurs indique en effet que l'on va essentiellement rechercher ce qui dépend d'eux dans le recours qu'ils intentent. On se trouve ainsi fort éloigné de l'analyse classique pour qui le particulier agissant en excès de pouvoir se contentait d'amorcer une procédure dont le déroulement lui échappait ensuite.

B. — L'objet de l'analyse

Un survol rapide de cette jurisprudence indique que l'autonomie du recours pour excès de pouvoir est essentiellement constituée par certaines règles tenant aux délais du recours (plus stricts que ceux du recours de plein contentieux), aux pouvoirs du juge (limités à l'annulation), aux moyens invocables (cantonnés au domaine de la légalité), au ministère d'avocat (facultatif). Il faut donc rechercher quels sont exactement les contours de cette jurisprudence et si le particularisme du recours pour excès de pouvoir est réellement aussi marqué qu'il le semble au premier abord.

Dépassant ensuite le stade critique de cette analyse d'ordre technique, il faut également rechercher si la nature du recours, telle qu'elle résulte des règles qui lui sont applicables et de leur signification dans notre système juridique continue de justifier les solutions originales qui constituent son autonomie.

Ainsi l'objet de notre étude se définit clairement : analyser, dans l'optique des plaideurs, la jurisprudence relative à l'excès de pouvoir en vue de déterminer le degré d'originalité de ce recours et la justification de son autonomie procédurale. Et si l'analyse révélait que les règles applicables ne sont au fond guère caractéristiques et sans justification véritable parce qu'il existe dans le type de procès résultant de ce recours des « parties » au sens couramment donné à ce terme, le principe d'une distinction des contentieux se trouverait remis en question.

Section II

LA POSITION DU PROBLÈME

Le plan doit logiquement découler de la notion de partie. Mais on ne peut tirer de cette proposition aucune directive immédiate;

il faut en effet commencer par exposer « le » problème théorique posé par l'introduction de la notion de partie dans le contentieux de l'excès de pouvoir, puis définir cette notion ; ensuite seulement le plan d'ensemble apparaîtra nettement.

§ 1. — « Le » problème théorique à résoudre.

Ce problème, dont la solution commande l'ensemble des décisions jurisprudentielles, est le suivant : le recours pour excès de pouvoir a-t-il la nature de l'action publique ou celle de l'action du contractant ?

Pour faire respecter le principe de légalité, et devant l'impossibilité matérielle évidente de contrôler automatiquement la légalité de tous les actes administratifs suivant une procédure analogue à celle qui permet à la Cour des Comptes de vérifier la comptabilité de chacun des comptables publics, on s'en est remis à l'initiative des intéressés. Ce sont eux en effet qui déférent au juge de l'excès de pouvoir les décisions dont ils estiment qu'elles ont été illégalement édictées. Pour qu'aucune considération pécuniaire n'arrête les citoyens dans cette tâche démocratique qui les fait collaborer au contrôle de la puissance publique et empêche que l'arbitraire, proscrit de la confection des lois, s'introduise dans leur application, le recours pour excès de pouvoir est en principe gratuit et dispensé du ministère d'avocat.

Dès lors, il semble logique de comparer la situation du requérant à celle du ministère public, l'action en excès de pouvoir à l'action publique, et de conclure que, dans ces deux cas, le litige juridictionnel est un litige à caractère objectif, où les acteurs ne sont pas de véritables parties ; aussi bien y parle-t-on plus volontiers du « requérant » et du « ministère public » que du « demandeur ».

C'est cette assimilation que nous entendons remettre en question. Une étude attentive de la procédure du recours pour excès de pouvoir nous a en effet convaincu que le rôle et la situation du demandeur s'y rapprochaient singulièrement du rôle et de la situation du plaideur dans le plus subjectif des contentieux, celui des contrats.

Certes, cette affirmation semble directement contredite, ou tout au moins limitée, par certaines règles généralement considérées comme « de fond », la plus importante d'entre elles étant l'impossibilité d'invoquer un droit subjectif à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir. Mais, loin d'affecter la portée de l'analyse que nous proposons, ces limites nous paraissent en faire l'intérêt. Si en effet l'on admet — et c'est le but de notre travail que de faciliter

et justifier cette position — que l'action en excès de pouvoir est, en jurisprudence, une action dont la nature et les modalités ne sont pas différentes de l'action contractuelle, que le litige ouvert à la suite de son exercice se déroule entre de véritables parties, la doctrine et le juge de l'excès de pouvoir devront choisir l'une des attitudes suivantes :

Ou bien reconnaître que, par le biais de la procédure, l'unité tend à se rétablir dans l'ensemble du droit, et œuvrer dans le sens d'une disparition progressive de la distinction des contentieux ;

Ou bien renverser la vapeur, accentuer cette distinction et ne voir dans les arguments que nous présentons qu'un assemblage d'exceptions dont la sécurité juridique commande de réduire au plus vite la portée.

Sans vouloir, ni pouvoir, jouer les devins, il nous semble que la première solution est la plus probable parce qu'elle est la plus conforme à la tradition juridique française qui retient volontiers des critères de forme et attache une importance justifiée à la procédure. Il serait dès lors normal que, la force des choses ayant rapproché la procédure de l'excès de pouvoir de la procédure de droit commun, le Conseil d'Etat en tire la conséquence naturelle : le recours pour excès de pouvoir ayant perdu la quasi totalité de ce qui donnait une signification à son autonomie formelle doit perdre maintenant son autonomie matérielle et permettre de sanctionner des droits subjectifs.

Ayant ainsi précisé la portée du problème et l'enjeu de la démonstration, il faut en déterminer le cadre, en définissant la notion de partie.

§. — La notion de partie.

On rapporte (3) qu'un diplomate anglais répondit à l'un de ses collègues russe qui lui demandait impérativement une définition précise de l'agresseur : « Il n'est pas commode de définir une girafe et cependant, quand on en rencontre une, on la reconnaît tout de suite. » Cette boutade vient irrésistiblement à l'esprit quand on cherche à donner une définition de la partie en cause dans un procès. La notion de partie n'est en effet pas définie par les processualistes, ou elle l'est implicitement, à propos d'autres notions ; l'exemple-type d'une telle attitude est fourni

(3) GILLOUIN, « La Révolte », in *La Revue des Deux Mondes*, n° du 1er novembre 1957.

par l'Encyclopédie Dalloz de Procédure qui, au mot *partie*, se borne à renvoyer à une série d'autres rubriques : action, appel, cause, frais et dépens, jugement, etc... Pourtant, dans l'optique où nous nous sommes placés, il semble indispensable de préciser la notion, car lorsqu'on se trouve en présence de parties, on ne s'en rend pas toujours compte tout de suite.

La notion de partie s'oppose bien évidemment à celle de tiers. C'est donc très naturellement dans le cadre de l'instance juridictionnelle que l'on a d'abord défini les parties, par leurs pouvoirs en ce qui concerne les demandes, les voies de recours, l'autorité de la chose jugée, etc... Ainsi, pour Hauriou, la partie en cause est « le plaideur complètement subordonné à l'instance, ce qui se marque par la condamnation aux dépens, par l'autorité de la chose jugée, par le fait que le défendeur ne peut échapper au recours direct du demandeur et est obliger d'accepter l'instance sous peine de condamnation par défaut » (4). Mais un tel point de vue n'est pas fructueux. C'est en effet une mauvaise méthode que de définir une notion par ses conséquences. Définir la partie en disant qu'elle est entièrement subordonnée à l'instance ou, ce qui revient au même, qu'elle anime le procès en le menant à sa guise, et qu'elle en subit les effets, c'est comme si l'on définissait la loi par son caractère obligatoire et non par ses éléments matériels ou formels, ou le Président de la République par le fait qu'il habite l'Elysée. C'est en bref s'attacher, moins encore qu'à l'aspect formel des choses, à leurs effets. Par là, on renonce à saisir leur nature et leur signification. Quoique tentante (5), cette attitude est particulièrement dangereuse dans le domaine de la procédure, car le législateur peut toujours y modifier les règles techniques en vigueur, supprimer ou ajouter un degré de juridiction, allonger ou réduire les délais ; que devient alors une notion dont les éléments de définition changent périodiquement ? Même si les règles relatives à l'instance sont des indices, et des indices précieux, elles ne peuvent donc fournir de définition réellement vala-

(4) *Les éléments du contentieux*, 1905, p. 67. Il est d'ailleurs remarquable que sur les trois points considérés comme caractéristiques par le doyen Hauriou, l'évolution ait précisément consacré la notion de partie dans le recours pour excès de pouvoir ; cf. *infra*.

(5) « Il faut constater, une fois encore, combien il est difficile de définir les notions de procédure autrement que par leurs formes ou leurs effets ; ce sont des instruments qui peuvent servir à des fins multiples » (observations Hébraud et Raynaud, *Rev. trim. droit civil*, 1952, p. 255).

ble (6) ; par exemple, c'est la qualité de partie qui donne la faculté de faire appel et non l'inverse.

Il apparaît pourtant que la notion de « partie en cause » est inséparable de la notion de procès, de litige juridictionnel ; par définition en quelque sorte puisque la partie en cause, c'est la partie au procès. Mais, s'il est nécessaire, pour dégager valablement la notion de partie, de considérer les effets de son existence (c'est-à-dire la poursuite de l'instance), il faut se montrer plus ambitieux et s'efforcer d'en atteindre l'essence. On constate alors que la notion de partie, en la détachant de tout type de procès particulier (administratif, pénal, civil), d'une part suppose la jouissance et l'exercice d'une action dont la mise en œuvre lie le contentieux et donne lieu à une instance juridictionnelle. d'autre part entretient d'étroits rapports avec la notion de droits subjectifs. A la vérité d'ailleurs, les notions d'action en justice et de droit subjectif sont elles-mêmes très liées et ont été longtemps confondues, si bien que la prétention à quelque droit subjectif est généralement considérée comme la condition nécessaire et suffisante de la présence de parties en cause. Pourtant, il faut distinguer nettement entre l'action en justice, soumise à des conditions et à un régime qui lui sont propres, et le droit qu'elle permet de protéger, de sanctionner ou de créer (7). Et c'est seulement après les avoir distingués qu'il est possible de combiner ces deux éléments en définissant la partie comme *une personne juridique qui agit en justice dans le but de faire valoir un droit* ; cette définition correspond aussi bien au demandeur qu'au défendeur.

Le plan de notre étude est dès lors clairement tracé.

§ 3. — Le plan de notre étude.

Plutôt en effet que d'effectuer un exposé analytique de l'action, puis de l'instance, en excès de pouvoir, il convient de reprendre chacun des éléments qui concourent à définir la partie, pour examiner s'ils se retrouvent dans le recours pour excès de pouvoir. Il en est bien ainsi à notre avis et c'est pourquoi :

---

(6) Cf. Rivero, *Les mesures d'ordre intérieur administratives*, thèse Paris, 1934, p. 239 : « C'est une insoluble tentative que de prétendre élucider une notion juridique par le seul approfondissement des solutions concrètes qu'elle inspire. Si poussée que soit l'analyse, il vient un moment où elle a dit son dernier mot et où le juriste se trouve dans l'impossibilité d'aller plus avant sans changer de méthode. Les solutions contre lesquelles vient buter son effort, et qui, considérées en elles-mêmes, ne disent plus rien, peut-être s'éclaireront-elles et livreront-elles leur principe si elles sont confrontées avec des solutions apparemment différentes mais voisines quant à leur fondement. »

(7) La chose est absolument certaine et sera reprise plus en détail, *infra*, titre préliminaire, chap. I[er].

Une première partie sera consacrée à montrer que les personnes en cause au recours pour excès de pouvoir exercent une action personnalisée. Après un titre préliminaire destiné à rappeler les composantes essentielles de la notion d'action et à montrer que le recours pour excès de pouvoir semble bien être de même nature que l'action en justice du droit privé, deux titres viendront confirmer cette première approximation, traitant successivement du pouvoir d'agir et de l'attribution subjective du droit d'agir.

Une deuxième partie sera consacrée à exposer en quoi et comment les personnes en cause au recours pour excès de pouvoir font valoir un droit. Après qu'un titre préliminaire aura rappelé les controverses doctrinales sur cette question, trois titres étudieront l'objet, le fondement et la cause du droit ainsi sanctionné, c'est-à-dire, suivant une liaison que nous exposerons chemin faisant, l'objet, les moyens et la cause de la demande.

Une remarque doit encore être présentée. Notre travail s'est essentiellement réalisé sous le signe de la procédure et, notre plan l'a montré, comprendra peu de développements sur le bien-fondé d'une distinction des contentieux. Nous avons seulement cru constater qu'une telle distinction n'existait plus et nous exposons pourquoi, exprimant le souhait que le fond du droit applicable en vienne prochainement à réaliser l'unité déjà atteinte en procédure.

PREMIERE PARTIE

Les personnes en cause au recours pour excès de pouvoir exercent une action personnalisée.

S'il se révélait que les auteurs du recours pour excès de pouvoir n'exercent pas réellement une action, que leur activité déclenche l'intervention du juge mais n'est rien qu'une chose sans importance, comme le fait pour un ministre d'appuyer sur le bouton qui déclenche la mise à feu d'une fusée dont la construction fut longue et délicate mais qui, si tout va bien, partira quel que soit l'individu qui actionne la manette de départ, il faudrait alors décider que le recours pour excès de pouvoir n'est en rien subjectif. Mais si, à l'inverse, l'analyse démontrait que la faculté d'agir en excès de pouvoir relève de la même nature juridique que la faculté d'agir en justice dans le cadre d'un procès civil ou de plein contentieux, il y aurait là une preuve quasi déterminante du fait que le contentieux de l'excès de pouvoir est subjectif.

Pour procéder à la démonstration, il faut en fixer d'une part l'objet précis, d'autre part le cadre ; nous y consacrerons un titre préliminaire, où seront rappelés les traits essentiels de l'action en justice du droit privé et présentées les grandes lignes de l'analyse qui conduit à penser que le recours pour excès de pouvoir est bien aujourd'hui un procès entre parties. Viendront ensuite deux titres où sera présenté le détail de la jurisprudence, afin de justifier et préciser les propositions que nous aurons avancées dans le titre préliminaire.

Une telle méthode présente certes l'inconvénient de dissocier pendant quelques pages l'analyse théorique de ses bases jurisprudentielles ; son avantage, qui nous a déterminé, est de donner plus de relief au raisonnement.

TITRE PRÉLIMINAIRE : *Le recours pour excès de pouvoir a la même nature que l'action en justice du droit privé.*

TITRE I : *L'action en excès de pouvoir est un véritable pouvoir de saisir le juge.*

TITRE II : *L'action en excès de pouvoir est attribuée subjectivement.*

TITRE PRELIMINAIRE

LE RECOURS POUR EXCES DE POUVOIR A LA MEME NATURE QUE L'ACTION EN JUSTICE DU DROIT PRIVE

Le problème est simple : il s'agit de savoir si le recours pour excès de pouvoir doit être comparé à l'action publique ou si, à l'inverse, sa nature est celle de l'action en justice du droit privé.

Il faut, pour le résoudre, s'attacher d'abord à présenter la théorie de l'action telle qu'elle se dégage de la doctrine processualiste ; on ne peut le faire en quelques lignes car les controverses auxquelles ont donné lieu la nature et le contenu de cette notion fondamentale n'ont pas encore abouti à définir une notion unique et reconnue de tous. C'est donc à l'exposé critique d'enseignements précieux mais parfois contradictoires que nous consacrerons le premier chapitre de ce titre, pour dégager une notion utilisable de l'action en justice et définir, *in fine*, la place de l'action publique par rapport à l'action du droit privé.

Un deuxième chapitre montrera que le recours en excès de pouvoir a la même nature que l'action en justice du droit privé et, dégageant les grandes lignes du recours, marquera en même temps le cadre dans lequel nous étudierons la jurisprudence dans la suite de cette première partie.

CHAPITRE PREMIER

LA NOTION D'ACTION EN JUSTICE (1)

On sait que plusieurs membres du Tribunat avaient proposé d'insérer dans le Code de procédure civile un « livre préliminaire » contenant la « théorie des actions, des exceptions et de la juridiction » ; cette suggestion ne fut malheureusement pas retenue. C'est donc la doctrine qui s'efforça de construire une théorie de l'action. Elle mit d'ailleurs assez longtemps à distinguer l'action du droit qu'elle permet de faire valoir et de la demande en justice qui sert à la mettre en œuvre puisqu'il fallut attendre l'œuvre des auteurs italiens et allemands et, en France, la vigoureuse impulsion donnée par le doyen Vizioz à l'étude des théories générales de la procédure. L'effort s'est porté sur plusieurs plans : après avoir précisé *l'extension* de la notion, c'est-à-dire l'avoir distinguée des notions voisines, il s'est révélé nécessaire de définir ensuite sa *compréhension*, c'est-à-dire l'ensemble des attributs qui la composent, sa nature en quelque sorte.

(1) Exceptionnellement, et à raison de la difficulté qu'il y aurait à rendre à chacun son dû, nous citons ici l'ensemble des ouvrages que nous avons le plus utilisés dans nos recherches sur l'action : CUCHE et VINCENT, *Procédure civile et commerciale*, 1958, Dalloz, éd. ; SOLUS, *Cours de droit judiciaire privé*, professé à la Faculté de Paris en 3e année (1953-1954) ; VIZIOZ, *Etudes de procédure*, 1956 ; *Encyclopédie Dalloz de procédure civile*, 1955-1956 (mise à jour en 1957).

Section I

L'EXTENSION DE LA NOTION D'ACTION EN JUSTICE

Lorsqu'une personne s'adresse à la justice pour faire valoir un droit, l'acte juridique par lequel elle formule sa prétention est la demande en justice ; « l'on aboutit à cette sorte de tryptique — droit, action, demande —, le droit étant le fondement de l'action, laquelle se traduit par la demande en justice » (2). Afin de ne laisser place à aucune équivoque, il convient de développer cette formule en la justifiant, de façon à séparer nettement l'action elle-même, tant de la demande que du droit. Les deux distinctions n'ont d'ailleurs pas pour nous la même portée : la première oppose demande et action, c'est-à-dire sépare une manifestation de l'existence des parties et un élément de leur essence ; la seconde au contraire s'attache à l'action et au droit, c'est-à-dire distingue, à l'intérieur de la notion de partie, les deux éléments dont la réunion en constitue précisément l'essence. Il reste qu'elles sont toutes les deux nécessaires. Constituant « le point de suture du droit et de la procédure », l'action tend en effet à se confondre « soit avec le droit qu'elle protège, soit avec la demande en justice qui la concrétise » (3).

§ 1. — L'extension de la notion d'action en justice.

Le principe de cette distinction est lui-même très simple : la demande en justice est l'acte de procédure par lequel le demandeur met en œuvre l'action dont il dispose. Il existe donc une différence de nature fondamentale entre la demande matériellement exprimée dans l'exploit d'huissier ou l'acte qui saisit une autorité juridictionnelle des prétentions du requérant, et l'action, qui est le fondement théorique justifiant cette demande, sa source. La différence entre la demande et l'action est analogue à celle existant entre l'intelligence d'un mathématicien et l'équation qu'il résout, l'art d'un peintre et le tableau qu'il réalise, ou, peut-être plus exactement, la technique et la sensibilité d'un virtuose et l'interprétation qu'il donne d'une œuvre musicale ; la demande en justice, c'est l'une des manifestations de l'action, le signe qu'elle est en mouvement. Les deux notions on le voit ne se situent pas au même plan logique ni juridique. Pourtant, certains auteurs ont nié qu'elles soient distinctes, tandis que d'autres, tout en posant

(2) Solus, *op. cit.*, p. 269.
(3) Vincent, *Encyclopédie Dalloz de procédure*, p. 39.

le principe de la distinction, raisonnent sans en tenir réellement compte. L'examen de leurs conceptions conduit donc à examiner successivement le fondement de la distinction et ses conséquences pratiques.

1. — Le fondement de la distinction.

Dans le dernier état de sa doctrnie, Duguit prétendait ne pas comprendre l'opposition entre action et demande en justice : « M. Tissier... écrit que la demande en justice est une forme de procédure et que le droit d'action touche au fond du droit et non à la procédure. Sans doute, mais c'est tout simplement parce que, lorsqu'on parle de demande en justice, on a surtout en vue la forme suivant laquelle on doit procéder pour saisir un tribunal. Mais en réalité, accès aux tribunaux, action, demande en justice, ne sont qu'une seule et même chose » (4). La remarque du doyen de Bordeaux contient certes une part de vérité mais sa portée est limitée par l'optique envisagée : « on a surtout en vue la forme suivant laquelle on doit procéder ». Dans la perspective d'une étude de la procédure conçue comme une simple initiation à l'art de conduire un procès, voire même comme une analyse exégétique des règles applicables, il est certain que l'action et la demande se confonde. L'article 426 du Code de procédure lui-même ne déclare-t-il pas : « Les veuves et les héritiers des justiciables du tribunal de commerce y seront assignés en reprise ou par action nouvelle ? » Très évidemment, « action » est ici employé pour « demande ». La confusion est d'ailleurs courante dans le vocabulaire quotidien des praticiens.

Pourtant, si l'on se place à un niveau plus théorique, pour envisager des concepts, il est certain que « demande » et « action » correspondent à deux notions différentes. Si Duguit ne l'a pas vu, c'est qu'il a défini l'action parfois comme la plus parfaite et la plus énergique des voies de droit, entendant par ce dernier terme « tout moyen, légal ou coutumier, tendant à donner une sanction directe ou indirecte à une règle de droit » (5) et parfois comme la possibilité de mettre en œuvre la voie de droit (6). Il est vrai que son but n'était pas d'exposer une théorie générale de l'action en justice, mais de s'attacher à démontrer que les droits subjectifs

(4) *Traité*, T. II, § 29, p. 457.
(5) *Traité*, T. I, § 21, pp. 225 et 226.
(6) « La possibilité de mettre en mouvement la contrainte sociale » (*op. cit.*, T. I, § 35, p. 359). « Une ou plusieurs volontés peuvent mettre en mouvement des voies de droit tendant à une répression, à une réparation ou à une annulation » (*ibid.*, T. I, § 28, p. 299).

n'existent pas, « toute la question se ramenant à celle de savoir si la possibilité de mettre en mouvement une voie de droit peut être considérée comme un droit subjectif » (7). Pour n'avoir distingué entre l'action elle-même, l'utilisation de l'action par les plaideurs et l'acte de procédure exprimant cette utilisation, qu'à l'occasion des critiques adressées à la notion de droit subjectif, Duguit passait donc nettement au large du problème qui nous occupe. Peu lui importait notamment la différence existant entre une voie de droit, qui constitue le type même de la notion abstraite (8) et l'acte juridique employé pour utiliser cette voie de droit, la mettre en mouvement (9).

Dans l'optique d'une analyse théorique, il apparaît pourtant capital de distinguer entre l'action qui est une faculté abstraite de saisir les tribunaux et la demande qui est l'utilisation concrète de cette faculté. La distinction est certes purement intellectuelle. Elle doit cependant être faite car elle engendre des conséquences pratiques qui ne sont pas négligeables.

2. — Les conséquences pratiques

A vrai dire d'ailleurs, ces conséquences sont elles-mêmes d'ordre théorique. Elles ne semblent cependant pas indifférentes, car la confusion entre action et demande empêche de percevoir nettement quel est le statut des parties dans une instance et fausse toute la discussion sur la distinction des contentieux. Or, la généralité des auteurs, après avoir exposé la différence de nature entre action et demande, n'en tire pas les conséquences nécessaires.

Ainsi, l'ensemble des processualistes range la capacité parmi les conditions de l'action. Il apparaît pourtant que la capacité dont il s'agit concerne exclusivement la possibilité d'effectuer l'acte juridique que constitue la demande en justice et ne concerne en rien l'action elle-même. Cette voie de droit préexiste à la demande en justice et existe indépendamment d'elle. Aucune condition de capacité ne la restreint. Au contraire, la recevabilité d'une demande en justice est limitée par l'exigence de la « capacité d'ester en justice ». La limitation qui en résulte au détriment des incapables peut être de deux sortes. En certains cas, elle porte sur la jouissance même du droit d'agir en justice, qui est retirée à certaines

(7) *Op. cit.*, T. I, § 28, p. 299.

(8) Sur la différence entre la voie de droit et la possibilité de l'utiliser, cf. *infra*, § 2.

(9) Quoiqu'il soit généralement employé, ce terme ne nous plaît guère : « mettre en mouvement une voie de droit » est une expression sémantiquement absurde.

personnes par mesure de sanction (10) ou plus naturellement aux groupements dont la personnalité juridique est limitée par le principe de spécialité (11) et dont l'existence juridique est ainsi partiellement restreinte. D'autres fois, elle porte seulement sur l'exercice de ce droit, et il s'agit des incapables qui ne peuvent recourir à la justice sans être représentés ou assistés. Mais l'action n'est pas en cause en tant que telle. Elle peut en effet être utilisée par leurs représentants légaux, ce qui prouve bien qu'elle existe en dehors de toute condition de capacité. Il faut donc présenter la capacité comme l'une des conditions de validité de l'instance et non comme une des conditions de l'action ; elle doit s'apprécier par rapport à la demande en justice.

Par « demande en justice », nous entendons d'ailleurs aussi bien les demandes proprement dites, principales ou reconventionnelles, que les défenses, exceptions et fins de non-recevoir. « Demande » est ici un terme générique employé par opposition à action pour désigner l'aspect concret que revêt celle-ci quand elle est utilisée. Mais il est bien évident que demandes et défenses participent de la même nature ; seulement, la demande du défendeur est appelée défense ou fin de non-recevoir. Ce vocabulaire technique est assez précis, mais il doit être correctement utilisé. C'est par exemple une erreur que d'opposer le fait de s'adresser au juge « par voie d'action » et celui de s'adresser à lui « par voie d'exception ». L'exception n'est en effet qu'une des techniques que le plaideur peut employer pour utiliser l'action qui lui est ouverte, au même titre que la demande ou la défense au fond. Il faudrait donc opposer la voie d'exception à la voie de défense, ou de demande. Certes, la nuance pourra sembler faible. Il nous semble pourtant que la précision du vocabulaire est fondamentale ; elle seule pourra ensuite permettre d'aborder au fonds des problèmes plus réels, débarrassés de tous les éléments d'imprécision que constitue une terminologie hésitante.

Enfin, la distinction entre l'action et la demande permettra de comprendre plus aisément la transformation qu'opère dans la situation juridique des individus le fait pour eux de devenir parties dans un procès, activement ou passivement. L'instance est en effet liée par la demande et non par l'action. Dans une certaine mesure, elle permet également de mieux saisir la différence qui existe entre l'action et le droit qu'elle permet de faire valoir.

---

(10) Ainsi en est-il pour le contumax (art. 465 du Code d'instruction criminelle).

(11) Cf. *infra*, titre II, chap. I[er].

§ 2. — Distinction de l'action et du droit.

Il s'agit là d'un problème classique. Il faut cependant le reprendre car la façon dont il est généralement résolu ne nous serait pas utile dans la suite de nos développements : « l'action est distincte du droit, elle apparaît comme la garantie de sa mise en œuvre ; le droit est le fondement de l'action, etc... ». Il ne semble d'ailleurs pas tout à fait exact de dire que le droit est le fondement de l'action car une telle formule n'explique pas la situation du plaideur qui succombe — demandeur débouté ou défenseur condamné — dont aucun droit ne fondait l'action. Elle n'explique pas davantage la situation du ministère public (qui dispose pourtant d'une action), ni enfin celle des intervenants, qui n'ont pas besoin de justifier d'un droit.

Après un bref exposé de la genèse des conceptions traditionnelles en la matière, nous serons donc amenés à exposer un point de vue plus personnel.

1° « L'action..., c'est le droit lui-même mis en mouvement ; c'est le droit à l'état d'action au lieu d'être à l'état de repos ; le droit à l'état de guerre au lieu d'être à l'état de paix » (12). Cette formule imagée de Demolombes a inspiré la doctrine française pendant un assez long temps : « Le droit est l'état statique, l'action est l'état dynamique d'une même situation juridique » (13). « Avoir une action dans la terminologie juridique moderne devient synonyme d'avoir un droit. Cette équivalence est absolue et je crois qu'il est oiseux de rechercher une distinction de nature entre le droit en l'action » (14). La confusion entre le droit et l'action s'était établie de façon fort simple. Constatant en effet que l'action est un recours à la justice utilisé pour assurer la sanction d'un droit antérieur, la doctrine en vint à confondre le droit lui-même et sa sanction. La confusion se réalisait suivant le même processus que la confusion entre l'action et la demande chez Duguit : lorsque deux notions sont étroitement liées et que l'une au moins d'entre elles est d'ordre purement abstrait tandis que l'autre est d'ordre concret, l'analyse tend à se relâcher et à confondre les deux.

Pourtant les auteurs modernes sont revenus à plus de précision. Il est en effet certain que l'action elle-même et le droit qu'elle sert à faire valoir sont très différents. Quant à leur objet tout d'abord, et la constatation est ici des plus élémentaires : il existe des droits

(12) Demolombes, *Œuvres complètes*, T. IX, n° 338.
(13) César Bru, *Précis élémentaire de procédure civile*, 1927, n° 67.
(14) Cuche, *Précis de procédure civile et commerciale*, 1924, n° 127.

qui sont sanctionnés par plusieurs actions (15) et, de même, il est des actions qui permettent de sanctionner plusieurs droits, c'est même le cas général. Quant à leurs conditions d'exercice ensuite : certains droits ne sont sanctionnés par aucune action ; tel est le cas par exemple des obligations naturelles où le demandeur n'a aucune action qui puisse contraindre son débiteur. Symétriquement, certaines actions ne protègent aucun droit : c'est notamment l'hypothèse où l'action se révèle mal fondée. Quant à leurs conditions d'exercice encore, l'incidence des conditions de capacité conduisant parfois à séparer la jouissance d'un droit et l'exercice de l'action qui sert à le protéger. Quant à leur cause enfin, le droit ayant sa cause dans un fait ou un acte juridique, l'action dans le conflit qui existe au sujet du droit litigieux.

Mais, si une telle analyse dégage bien les causes pratiques qui rendent la distinction nécessaire, elle n'en éclaire pas le fondement théorique. Cette remarque est si vraie que, nous l'avons vu, le droit est encore considéré comme une condition de l'action, sinon comme son fondement (16). Or, la différence entre le droit et l'action est si radicale que cette position même est critiquable et ne peut s'expliquer que par l'attachement des processualistes à la liaison entre le droit et l'action, pourtant condamnée. D'ailleurs, l'analyse ci-dessus présentée, pour exacte qu'elle soit, recèle un élément de confusion. Elle vise en effet à distinguer le droit d'une action donnée (17) plus qu'à le distinguer de l'action en général. C'est très normal au fond puisque les auteurs qui la réalisent s'attachent à distinguer l'action du droit mais présentent ensuite une distinction entre les actions fondée sur... la nature du droit en cause (!...) : actions personnelles ou réelles, mobilières ou immobilières, pétitoires ou possessoires suivant la nature ou l'objet du droit à faire valoir. De toute évidence, la distinction entre l'action et le droit est faite à contrecœur (18) et l'on s'empresse de la minimiser, déclarant tout aussitôt que le droit sert de fondement à

(15) Cf., par exemple, l'article 1644 du Code civil : En cas où la chose vendue a des défauts qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, « l'acheteur a le droit de rendre la chose et de se faire restituer le prix, ou de garder la chose et de se faire rendre une partie du prix, telle qu'elle sera arbitrée par expert. »

(16) C'est, notamment, la position de M. Solus.

(17) Droit de propriété et action en revendication, droit issu d'un contrat et action du contrat, etc.

(18) Cf., par exemple, la formule employée par M. Solus dans son *Cours* précité, p. 269 : « Ainsi, les bonnes raisons ne manquent pas de reconnaître que l'action en justice a bien une existence propre et qu'elle est bien distincte... du droit lui-même qui lui sert de fondement. »

l'action et ne saurait en être séparé. De surcroît, l'examen des « défenses » est généralement présenté à part, alors qu'il devrait s'intégrer dans le cadre d'une étude de l'action en justice.

2° Si l'on veut dégager la nature exacte de l'action, il faut donc pousser plus loin l'analyse : l'action et le droit sont différents, fort bien. Mais alors il faut les séparer tout au long de l'étude (19). Certes, il reste évident que le rôle essentiel de l'action est de protéger un droit ; quand le droit pourtant n'existe pas, il y a encore une action. Dira-t-on alors qu'il suffit de prétendre à un droit pour intenter une action ? La remarque est sans portée, pour une double raison : d'autre part, le juge saisi statue même si aucun droit n'est invoqué, pour rejeter la prétention certes, mais il statue. Tout ce que l'on peut dire, c'est que la justification d'un droit est le plus souvent la condition nécessaire au succès de l'action, mais c'est tout (20). D'autre part, il ne semble pas sérieux d'introduire la prétention à un droit dans les conditions de l'action ; où trouverait-on en effet le plaideur qui dirait à ses juges : « Je n'ai aucun droit, je ne prétends à rien, mais donnez-moi raison ? »

Si donc la notion d'action et celle du droit sont différentes, il faut les distinguer nettement. S'agissant de notions purement intellectuelles, c'est d'ailleurs par la logique seule qu'il faut procéder. Les différents droits, les différentes actions en justice ne sont que des catégories utilisées pour la commodité du langage et qu'il faut négliger provisoirement au stade de l'analyse où nous en sommes (21). Sans reprendre les controverses relatives à la notion même du droit, on peut ici se contenter de la célèbre formule d'Ihering : « Le droit est un intérêt juridiquement protégé ». La protection ainsi accordée au droit (22) doit se réaliser, depuis la disparition du Vergeld, par le recours à la justice. Le problème est

(19) Ainsi, lorsqu'une demande en justice est rejetée sans que le tribunal saisi ait statué au fond, cela peut tenir à des causes propres à la demande (formes non respectées, délais de procédure écoulés, etc.) ; mais cela peut également tenir au fait que le requérant ou le défendeur (cas des interventions repoussées) n'a pas d'action, qu'il ne peut saisir le juge. Or, les règles applicables et les conséquences tirées de ces deux formes d'échec d'un plaideur sont très différentes entre elles. Et elles sont encore différentes de l'échec résultant du fait que le plaideur a été débouté au fond, le droit auquel il prétendait ayant été déclaré mal fondé par le tribunal.

(20) Dans le droit romain, au contraire, c'était le succès de l'action qui créait le droit. Il existe encore des cas semblables en droit français. Cf. *infra*, II[e] partie.

(21) Par exemple, l'action immobilière est au vrai la possibilité d'intenter une demande, ou une défense, en justice visant à faire valoir le droit qu'un individu prétend avoir sur un immeuble.

(22) Peu importent ici les distinctions entre les différents droits fondées sur leur objet, leur nature ou leur degré d'opposabilité ; au point de vue de leur distinction d'avec l'action, elles ne jouent pas.

donc très simple au fond, à condition de le dépouiller de tous les éléments qui le compliquent inutilement. Il se ramène à la distinction entre l'avantage que le plaideur cherche à se faire reconnaître (le droit) et le moyen qui lui est offert pour y parvenir (l'action).

Dira-t-on alors que le fait pour un tribunal de rejeter *de plano* sans statuer au fond constitue déjà l'exercice de la fonction juridictionnelle et donc la preuve que le demandeur débouté a bien utilisé une action ? Non, car l'action n'est pas seulement la possibilité de s'adresser à la justice. Une telle définition ne servirait à rien car elle serait beaucoup trop extensive. Il en est d'autant plus ainsi que le fait de s'adresser à la justice sans justifications est sanctionnée, non seulement par la charge des dépens mais encore par des pénalités diverses : amende en cas de tierce opposition abusive, dommages intérêts au cas d'abus du droit d'agir en justice, etc... Ceci prouve bien que la possibilité de s'adresser à la justice n'est pas sans limites. La définition de l'action doit donc être précisée puisqu'elle se révèle beaucoup trop large si l'on y incorpore tout ce qui constitue la saisine des tribunaux.

Il semble que ce soit la possibilité (23) de demander au juge de statuer au fond sur la prétention émise. Il apparaît donc clairement que l'action est nettement distincte du droit, que ce dernier n'en constitue même pas le fondement. Ferait-on remarquer que définir l'action comme la possibilité d'obtenir du juge qu'il statue au fond revient à réintroduire le droit dans la définition ? Il suffirait alors de rappeler que le juge peut statuer au fond sans se prononcer sur un droit, ou en déniant l'existence d'un droit. Cette définition présente au surcroît l'avantage d'englober dans la théorie de l'action, sans discussion possible, aussi bien l'action publique que le recours pour excès de pouvoir. Reste alors évidemment à trouver le principe d'une classification. Ceci n'est possible qu'à partir d'un examen de la nature même de l'action. Mais qu'est-ce que l'action ? C'est ce qu'il faut préciser maintenant, en étudiant la compréhension de la notion.

Section II

LA COMPRÉHENSION DE LA NOTION D'ACTION EN JUSTICE

Il a pu paraître singulier de s'attacher à distinguer l'action des notions qui lui sont voisines sans en donner au préalable aucune

(23) Nous nous en tenons pour l'instant à ce terme, qui ne tranche pas entre « droit » et « pouvoir », nous réservant de préciser ce point dans les paragraphe suivant.

définition. Cette méthode était cependant nécessaire car il fallait démontrer l'existence autonome de l'action en justice avant d'en rechercher la nature. Nous employant maintenant à résoudre ce second problème, il convient d'envisager deux questions, d'ailleurs étroitement liées ; il faut préciser en quoi consiste la « possibilité » de s'adresser à la justice — nous verrons qu'elle est un pouvoir et non un droit — ; il faut ensuite déterminer la nature de ce pouvoir et rechercher si elle est objective ou subjective.

§ 1. — L'action est un pouvoir.

Si l'on repousse la notion d'action conçue comme le droit lui-même déduit en justice, il faut analyser la notion ainsi dégagée. Certains, et notamment les processualistes italiens, l'ont conçue comme un droit subjectif indépendant ; mais les critiques formulées contre cette proposition conduisent à se rallier à la notion d'action définie comme un pouvoir d'agir.

1° *L'action n'est pas un droit*, pour la raison simple que le sujet passif de ce droit n'existe pas ; ce n'est pas plus l'adversaire que le juge.

a) Pour Chiovenda, l'action est le pouvoir juridique de réaliser la condition pour la mise à exécution de la volonté de la loi (24) ; elle apparaît donc lorsque l'exécution de la loi est subordonnée à la manifestation d'une volonté privée, lorsque l'intéressé doit réclamer l'application de la loi à son profit sans que cette application soit automatique. Ce pouvoir est, pour Chiovenda, un véritable droit subjectif. Comme tel, il comporte un sujet actif, qui est le plaideur à qui appartient le pouvoir en question, et un sujet passif, l'individu dont la condition juridique sera affectée par l'exercice de ce pouvoir. Mais le droit d'action est un droit potestatif, comme le droit de demander le partage, la séparation de biens, ou le droit de révoquer un mandat : c'est-à-dire qu'il s'analyse en un pouvoir de produire, à la charge de certaines personnes déterminées et en faveur de l'ayant droit, un effet juridique auquel cet ayant droit a intérêt.

Cette conception représente un progrès remarquable dans l'analyse, mais elle n'est pas satisfaisante, pour plusieurs raisons. D'abord, il faut en déduire que le droit d'action n'appartient qu'à celui dont la demande est déclarée recevable et fondée ; or, c'est là une notion beaucoup trop restrictive. En effet, nous l'avons déjà

(24) « L'azione è il potere giudicio di porre in essere la condizione per l'attuazione della volontà della lege », in *Princippi di diritto processuale civile*, 4° éd., p. 45.

dit, le défenseur a lui aussi le droit d'action. La conception de Chiovenda ne semble donc pas suffisamment dégagée des notions traditionnelles car elle confond le succès du procès, le résultat atteint (c'est-à-dire le triomphe du droit) avec le moyen juridique d'y parvenir ; elle ne définit pas la possibilité de s'adresser au juge mais la possibilité de faire triompher au fond sa prétention. Or, pour obtenir une notion valable, il faut dégager l'action de tout ce qui concerne le fond du procès, pour ne s'attacher qu'à la « possibilité » de saisir le juge. Cette notion est encore trop étroite car elle exclut l'action publique. Elle est par ailleurs trop large en ce qu'elle concerne aussi bien l'action en justice elle-même que tous les cas où l'autorité administrative a une compétence liée et où la seule demande qui lui est adressée entraîne la mise à exécution de la loi. En bref, elle définit le pouvoir de réaliser un acte-condition et conviendrait parfaitement, par exemple, au droit de se marier. Elle correspond plus à une notion de l'acte juridique unilatéral qu'à la notion d'action en justice.

b) Pour Carnelutti, l'action apparaît comme le pouvoir de provoquer l'intervention du juge. Ce pouvoir, accordé au demandeur comme au défendeur, s'analyse en un droit subjectif, mais un droit subjectif contre le juge. L'exposé détaillé de cette théorie serait assez complexe. Grosso-modo, le litige contentieux substitue au conflit d'intérêt entre les parties un autre conflit opposant l'intérêt commun des parties à faire trancher la question controversée par le juge à l'intérêt du juge « qui préférerait ne rien faire ou faire quelque chose de plus utile pour lui » (*sic*)... Et l'action est un droit subjectif car elle permet aux partie de faire prévaloir leur intérêt sur celui du juge dès lors qu'elles en ont la volonté, le droit subjectif pouvant se définir comme la prévalence d'un intérêt réalisée moyennant l'intervention d'un pouvoir de volonté.

Cette théorie présente le grand intérêt de dégager une notion de l'action originale et parfaitement distincte du droit qu'elle permet de faire valoir. Elle apporte en outre un élément de précision en introduisant la saisine du juge dans la notion. Il reste évidemment qu'elle semble inacceptable dans l'état actuel de nos conceptions juridiques. La volonté du juge n'est pas en effet liée par la volonté de la partie qui agit mais bien par la règle du service. Au surplus, il semble difficile de poser en principe l'intérêt du juge à ne rien faire ! Même si une telle supposition se révèle parfois exacte, il apparaît impossible de fonder une définition sur elle : les parties ne s'adressent pas à des magistrats nommément désignés mais au tribunal compétent et la composition de ce dernier peut varier entre le dépôt de l'assignation et le jugement ; la

définition n'explique en rien le régime des voies de recours ; elle se révèle en outre inapplicable à l'action publique.

Ainsi, l'action, différente du droit parfois en litige, ne peut être considérée ni comme un droit vis-à-vis de la partie adverse, ni comme un droit vis-à-vis du juge. Il semble donc qu'on puisse admettre sans plus insister que l'action n'est pas elle-même un droit distinct appartenant aux parties. C'est d'ailleurs normal.

2° *L'action est un pouvoir.* Remplacer le mot « droit » par le mot « pouvoir » correspond certes à l'introduction d'une sérieuse nuance. Encore faut-il en préciser la portée. Nous avons affaire en effet à deux notions qui entretiennent d'étroits rapports puisque le droit que peut avoir un particulier est souvent sanctionné par un pouvoir corrélatif et que l'attribution d'un pouvoir aboutit la plupart du temps à créer un droit. Au reste, « droit » et « pouvoir » sont fréquemment employés l'un pour l'autre et l'on ne s'avise de leur différence qu'au jour où l'on veut s'en servir. Mais à ce moment-là, on ne trouve rien de concret sur quoi s'appuyer. Il faut donc reprendre la distinction à la base, pour préciser en quoi elle consiste.

Le point commun entre un droit et un pouvoir est qu'ils comprennent tous les deux dans leur définition la faculté de faire quelque chose ; ce sont deux expressions de la même réalité, qui est la possibilité d'imposer une prestation — au sens le plus large du terme — à quelqu'un, la faculté de faire produire des effets juridiques à sa volonté individuelle. Il existe cependant une nuance entre les deux. *A priori* en effet, et sur le seul plan du vocabulaire, le mot droit implique une notion statique, le mot pouvoir une notion dynamique. On pourrait à notre avis reproduire assez exactement en la matière les formules autrefois appliquées à la distinction du droit et de l'action. Mais il reste que la différence entre les deux est très mince de ce point de vue. Droit et pouvoir correspondent tous deux à la faculté ouverte au profit de leur titulaire, faculté de modifier (ou de conserver si elle est acquise) une situation de droit donnée.

La différence est d'autre sorte. Elle concerne selon nous la sanction attachée à cette faculté. Alors que le droit comprend obligatoirement un sujet actif et un sujet passif, il n'en est pas de même pour le pouvoir qui, s'il est bien attribué à un titulaire donné, ne concerne personne en particulier. Il est donc tout différent d'exercer un droit et d'exercer un pouvoir. Cette distinction nous semble exacte ; encore pourtant faut-il la justifier en l'illustrant de quelques exemples. Pas de difficulté bien sûr pour les droits personnels qui, par définition, naissent au profit d'un individu à l'en-

contre d'un autre individu, par l'effet de leur accord de volonté. En matière de droit réel (propriété, servitude, etc...), le sujet actif est le titulaire du droit et le sujet passif « toutes les autres personnes, qui sont tenues d'une obligation purement négative » (25). Comme exemple de pouvoirs, il faut citer, outre la possibilité d'intenter une action en justice, celles de lancer une pétition, de faire grève, de voter, de s'associer, etc..., en bref toutes les possibilités qu'offrent les différents statuts dont un individu est susceptible de bénéficier : citoyen, justiciable, travailleur, etc...

L'action en justice est pourtant un pouvoir largement privilégié. Non pas certes dans sa nature, mais dans son rôle. Le pouvoir de s'adresser à la justice constitue en effet la sanction nécessaire de tous les autres droits et pouvoirs accordés à un individu par le droit en vigueur. Il en est d'autant plus ainsi que l'action est sanctionnée de manière particulièrement efficace puisque son exercice entraîne l'intervention d'une décision juridictionnelle ayant autorité de la chose jugée. Mais la force particulière de sa sanction ne saurait modifier la nature de l'action en justice : elle est ***le pouvoir de demander à une juridiction de statuer au fond sur la prétention émise.***

Nous préférons cette définition à celle donnée par le plus récent des manuels de procédure (26) : « L'action est le pouvoir reconnu aux particuliers de s'adresser à la justice pour obtenir le respect de leurs droits et de leurs intérêts légitimes. » Une telle formule en effet n'englobe pas l'action publique. De plus, elle est trop large en constituant plus une définition de l'action en général que de l'action en justice. Enfin, elle présence l'inconvénient de rester trop près de la notion de droit dont nous avons vu que l'action était parfaitement distincte.

Cependant, il faut pousser l'analyse plus loin et s'attacher à préciser quelle est exactement la nature de ce pouvoir et comment il est attribué. Chemin faisant, nous aurons ainsi la possibilité de proposer une nouvelle classification des actions en justice, plus satisfaisante peut-être que les distinctions traditionnelles.

§ 2. — La nature de ce pouvoir.

Le pouvoir d'agir en justice, c'est-à-dire l'action, est toujours de nature objective, mais il est attribué en fonction de considérations qui, elles, peuvent être objectives ou subjectives.

---

(25) PLANIOL et RIPERT, *Traité élémentaire*, p. 879, n° 2603.

(26) « Procédure civile et commerciale », CUCHE et VINCENT, *Précis Dalloz*, 1958.

1. — Le pouvoir d'agir en justice est de nature objective.

Le pouvoir d'user du service de la justice n'est pas subjectif ; c'est un pouvoir légal, impersonnel et objectif, un statut en quelque sorte.

C'est un pouvoir légal, prévu et fixé par la loi, c'est-à-dire que les règles relatives au fonctionnement de la justice sont d'ordre public, on ne peut y déroger ; ainsi pour le choix du tribunal compétent, l'administration de la preuve en certaines matières, les délais, l'organisation des voies de recours, etc... Il existe certes des assouplissements, plus ou moins nuancés suivant les types de juridictions, en ce qui concerne par exemple la compétence territoriale des tribunaux. Mais l'existence de règles d'ordre public montre que ce pouvoir est le même pour tous les justiciables se trouvant dans les conditions fixées par la loi.

C'est donc un pouvoir impersonnel. Suivant l'excellente formule du professeur Hébraud (27), « l'action est toujours identique dans sa nature, quel que soit le droit exercé, et ne reçoit de qualification que par reflet ». Le pouvoir d'action n'est pas organisé de façon différente suivant les individus, les droits qu'ils cherchent à faire valoir, les conditions dans lesquelles ils ont recours à la justice. Si en bref la demande en justice est un acte-condition qui a pour conséquence l'application à un litige particulier d'un statut préexistant et uniforme, l'action n'est pas autre chose que le pouvoir d'accomplir un tel acte. Et le pouvoir d'accomplir un acte-condition ne saurait en rien présenter un quelconque caractère subjectif, pas plus que le pouvoir d'accomplir un acte-règle.

L'action est enfin un pouvoir permanent. Un individu ne pourrait y renoncer de façon générale et absolue. Ainsi, la validité des clauses de direction du procès, très fréquente en matière d'assurance-responsabilité, n'est pas admise sans difficulté par la doctrine civiliste (28). C'est une nouvelle preuve du caractère objectif de l'action, car on peut toujours renoncer à un droit subjectif.

Mais ce pouvoir dont il apparaît qu'il est toujours de nature objective (29), peut être attribué suivant des modalités assez différentes pour qu'il se révèle intéressant de les distinguer.

2. — Il est attribué de façon objective ou subjective

a) En ce qui concerne d'abord le défendeur, il est évident que

(27) *Revue trimestrielle de droit civil*, 1949, p. 44.

(28) Cf. les observations de M. Hébraud à la *Revue trimestrielle de droit civil*, 1953, p. 570, et 1956, pp. 384 et 582.

(29) C'est la position, notamment de Jèze et de Vizioz. La suite de nos développements confirmera d'ailleurs le bien-fondé du point de vue que nous adoptons.

l'action lui est accordée *intuitu personae,* à raison de la situation juridique particulière que crée pour lui la demande de son adversaire. Nul doute par conséquent en ce qui le concerne ; le pouvoir de demander à une juridiction de statuer au fond sur la prétention émise est bien attribué de façon subjective. Cela est vrai en droit privé, manifestement. Cela continue d'être vrai dans le litige de plein contentieux quoiqu'il puisse paraître choquant de parler d'attribution subjective lorsque le destinataire est une personne morale de droit public ; il est pourtant vrai que le pouvoir de saisir la juridiction de ses défenses à la demande présentée par un particulier n'est attribué à la personne morale en question qu'à raison du procès en cours, de la situation juridique créée par le litige. On admet bien que l'Etat puisse tirer des droits subjectifs des rapports contractuels de droit privé qu'il a pu lier avec les particuliers... Il en va enfin de même pour le recours pour excès de pouvoir (30).

b) En ce qui concerne le demandeur, la situation est plus complexe et des distinctions s'imposent.

La première d'entre elles, capitale, et fondamentale pour notre propos, est fort simple : il est des cas où l'action est attribuée objectivement, d'autres où elle l'est subjectivement.

Le critère que nous proposons amène à distinguer : d'une part l'exercice de l'action publique, le pouvoir du ministre d'intenter le recours dans l'intérêt de la loi, le droit du préfet d'élever le conflit, le recours prévu par l'article 12 de la loi-cadre du 5 février 1958 sur les institutions de l'Algérie, l'intervention du ministère public dans les procès civils, d'autre part le reste des actions en justice.

L'attribution du pouvoir d'agir dans les cas du premier groupe est purement objective. Elle n'est pas faite en effet à raison d'une situation juridique particulière mais à raison de la prérogative fonctionnelle dont est investi l'individu qui l'utilise. Cette attribution est donc purement objective. Peut-on alors dire que ces autorités soient de véritables parties ? Nous n'hésitons pas à répondre par la négative. Il faut en effet garder à cette notion de partie une certaine spécificité si l'on veut qu'elle garde une signification. Or, même si le ministère public peut poursuivre et faire appel, même si les frais de justice restent à la charge de l'Etat en cas d'acquittement, il nous semble impossible de voir dans le procès pénal, à plus forte raison dans le recours introduit dans l'intérêt de la loi ou la procédure du conflit, un véritable litige entre parties. Pour

(30) Cf. *infra,* titre II, chap. II.

qu'il y ait réellement partie, il faut en effet que l'action en justice soit exercée par une personne qui y trouve intérêt. Or, dans tous les cas où l'action est attribuée à raison de facteurs objectifs, utilisée à l'occasion de prérogatives fonctionnelles, on ne peut réellement soutenir qu'elle soit exercée par une personne ; c'est la société tout entière qui délègue à certains organes de l'Etat le pouvoir de faire respecter certaines règles d'organisation et d'ordre public, et la société n'est pas une personne morale. Il faut donc, à notre avis, dénier la qualité de partie à tous les titulaires de prérogatives fonctionnelles qui agissent ou interviennent sans qu'aucun rapport de droit se lie avec les individus figurant au procès. Leur intervention aboutit seulement à corriger ce que le fonctionnement automatique des tribunaux pourrait avoir de défectueux ou d'insuffisant. Certes, le ministère public est généralement considéré comme une partie; il en a d'ailleurs tous les pouvoirs. Mais, en théorie pure, nous pensons qu'il faut lui refuser cette qualité, pour ne considérer comme partie au sens strict que les plaideurs à qui le pouvoir de saisir le juge est attribué subjectivement. Dès lors, le problème est clairement posé : pour déterminer si l'exercice du recours pour excès de pouvoir ouvre un litige entre parties, il faudra examiner si les conditions dans lesquelles il est attribué le rapprochent plus de l'action exercée par les particuliers en droit commun que de l'action publique. Anticipant un peu sur nos développements ultérieurs (31), nous pouvons dire ici qu'une étude attentive de la jurisprudence nous a convaincu qu'il en était bien ainsi.

Une seconde série de distinctions serait nécessaire, pour classifier l'ensemble des actions attribuées subjectivement. Comme elle n'intéresse pas directement notre propos, il suffit d'indiquer qu'elle pourrait selon être fondée sur la cause du droit d'agir en justice dans tel ou tel type de procès (32).

(31) Cf. *infra*, titre II.
(32) Cf. *infra*, II[e] partie, titre II.

CHAPITRE II

L'ACTION EN EXCES DE POUVOIR

Après avoir consacré une première section à montrer que la nature du recours pour excès de pouvoir participe de celle reconnue aux actions du droit privé, en marquant le cadre de l'analyse plus détaillée qui nous retiendra dans la suite de cette première partie, il faudra, en une deuxième section, exposer les conséquences du caractère d'ordre public attribué au recours par la jurisprudence, recherchant, notamment, si elles portent atteinte à la notion de partie.

Section I

L'ACTION EN EXCÈS DE POUVOIR EST UNE VÉRITABLE ACTION EN JUSTICE

Cette section a pour but de montrer que l'action en excès de pouvoir a la même nature que l'action en justice utilisée par les plaideurs dans les procès dont nul ne songe à contester le caractère subjectif, comme les procès du droit privé.

Nous avons vu que l'action en justice devait être considérée comme un pouvoir objectif, attribué subjectivement à raison de considérations tenant à la personne et à la situation juridique des plaideurs. Or, il apparaît qu'il en est très exactement de même pour l'action en excès de pouvoir. Loin d'être artificielle, l'analyse que nous proposons nous semble indispensable à une bonne com-

préhension du recours pour excès de pouvoir, car elle permet de préciser ses liens avec la notion générale d'action en justice — ce qui est indispensable, tant pour la théorie générale de l'action que pour la théorie du recours pour excès de pouvoir — et aussi car elle permet de situer à leur vraie place certains éléments souvent présentés comme consacrant le caractère objectif du recours et sa prétendue autonomie.

§ 1. — L'action en excès de pouvoir est un pouvoir objectif.

Comme toute action en justice, le recours pour excès de pouvoir doit s'analyser en un pouvoir objectif de saisir une juridiction à l'effet d'en obtenir une décision au fond. L'examen du fondement qu'il faut lui attribuer le révèle (1) : les conséquences qui en résultent en jurisprudence le confirment.

A. — Les fondements du recours pour excès de pouvoir.

De même que les particuliers ont reçu le pouvoir de saisir la justice de leurs prétentions dans le temps où ils perdaient le droit de se faire justice à eux-mêmes dans leurs rapports avec d'autres particuliers, de même ont-ils peu à peu reçu la garantie absolue qu'en se soumettant à la loi ils bénéficiaient en contrepartie des effets du principe de légalité, c'est-à-dire de la règle suivant laquelle les gouvernants ne peuvent prendre de décisions qu'en accord avec les lois générales, stables et fixes qui leur préexistent, chronologiquement et rationnellement. Cette garantie ainsi offerte aux particuliers s'est traduite sous la forme du recours pour excès de pouvoir, après que des formules telles que le droit de pétition ou le contrôle exercé par les Chambres eurent perdu l'essentiel de leur intérêt face à un pouvoir exécutif et à une administration augmentant sans cesse le degré de leur intervention dans la vie quotidienne des citoyens. Mais, le recours pour excès de pouvoir n'a pu se constituer en « pouvoir » reconnu aux particuliers qu'à la suite de la combinaison de trois notions qui en constituent à notre avis, sinon le fondement, du moins la justification théorique : l'Etat de droit, la voie de droit, l'acte administratif. Et l'on constate, pour chacune d'entre elles, que leur nature est typiquement objective.

---

(1) Cet examen n'est pas inutile ; à notre avis, il complète même de façon indispensable l'analyse historique en montrant que rien ne s'oppose à l'introduction de la notion de partie, dont nous verrons comment elle s'est peu à peu réalisée : cf. *infra*, titre I^er^, chap. II.

1° *L'Etat de droit : le principe d'un pouvoir reconnu aux particuliers.*

C'est Duguit qui introduisit dans la doctrine l'opposition entre le régime de droit et le régime de police et, plus généralement, entre l'Etat de droit et l'Etat de police (2). Partant de l'idée fondamentale que, dans un régime juridique moderne, l'Etat est soumis à une règle de droit supérieure à lui et qu'il ne peut pas violer, on est, en effet, conduit à opposer l'Etat de police où les gouvernants ne sont pas soumis à l'obligation de respecter les règles juridiques préexistantes, celui que Montesquieu appelait le gouvernement despotique, à l'Etat de droit où, au contraire, les gouvernants ne peuvent se délier des règles qui leur préexistent. Il est bien évident que le recours pour excès de pouvoir serait impensable dans un Etat de police ; par définition, les citoyens n'y disposent d'aucun pouvoir à l'encontre de gouvernants qui leur sont généralement étrangers (3) et dont ils ne contrôlent en rien l'action, *a fortiori* d'aucun recours de type juridictionnel. Un tel recours serait d'ailleurs bien inutile puisque la règle de droit est modifiée par l'Etat au fur et à mesure de son action. En quelque sorte, l'activité des gouvernants est, dans un tel système, considérée comme juridiquement correcte du seul fait qu'elle est exercée au nom de l'Etat. A l'inverse, dans le cadre d'un Etat de droit, la règle de droit préexiste de façon immuable à l'action des gouvernants. Encore faut-il y distinguer deux catégories de régime juridique : le régime de droit et le régime de police. Le premier se caractérise essentiellement par son caractère répressif ou réparateur, aucune autorisation n'y entrave l'exercice des activités individuelles ; le second est, au contraire, marqué par le caractère préventif des interventions dont l'autorité investie du pouvoir de police a reçu mission de se charger.

Dans un Etat de droit, le rôle du recours pour excès de pouvoir est tracé en quelque sorte à l'avance : il doit servir de sanction au principe de légalité, lui-même chargé d'inspirer l'action des gouvernants, en permettant un contrôle de leurs interventions, aussi bien préventives que répressives. On conçoit dès lors d'où provient le caractère objectif du pouvoir ainsi accordé aux particuliers. Dans toute la mesure, en effet, où l'on se trouve en présence d'un Etat de droit, la caractéristique juridique de la vie juridique qui s'y déroule réside dans l'idée de sécurité, d'une sécurité obtenue par

(2) *Traité*, T. III, §§ 88 et 93.

(3) C'est-à-dire qui ne les représentent pas, au sens constitutionnel du terme.

la stabilité des règles applicables et, en tout cas, dans leur conformité à un ordre juridique préexistant parce que socialement accepté et fixé par quelque constitution, loi fondamentale ou déclaration de droits. Dès lors, le pouvoir reconnu aux gouvernés pour faire respecter ces règles apparaît lui-même comme général, permanent, et doué de la même valeur que celles des normes fondamentales dont il permet de faire contrôler l'application. Il participe de leur nature et son sort est lié au leur : elles disparaissant, il serait privé de tout contenu ; réciproquement, lui disparu, elles ne présenteraient plus aucune valeur pratique. Des exemples plus ou moins récents montrent que ces hypothèses ne sont pas purement théoriques et que, même dans le système juridique français, pourtant placé sous le signe de la légalité, la survenance de circonstances exceptionnelles aussi bien que la suppression pratique du recours pour excès de pouvoir conduisent à l'apparition d'un véritable Etat de police (4).

Cependant, si la notion d'un certain pouvoir reconnu aux gouvernés a l'effet de leur garantir une possibilité de défense contre les gouvernants se révèle le corollaire indispensable du principe de légalité, elle ne pouvait se concrétiser avant que fût admise la possibilité de véritables voies de droit uitlisables contre l'Etat lui-même, les conséquences de son action et surtout l'exercice de son pouvoir de contrainte et de réglementation.

2° *La voie de droit : la nature de ce pouvoir.*

Cette expression est la traduction proposée par Duguit pour le mot « Anspruch » (5) et désigne « tous moyens, quels qu'ils soient, tendant à donner sous une forme quelconque, directement ou indirectement, une sanction à la loi violée (6), à la règle » (7), c'est-à-dire, outre l'action en justice, l'exception, les procédures judiciaires d'exécution, les décisions et les procédures administratives exécutoires, les divers recours administratifs » (8). Par opposition aux règles de droit normatives, les voies de droit résultent donc

(4) Cf., par exemple, l'article 5 de la loi du 16 mars 1956 (« Le gouvernement disposera, en Algérie, des pouvoirs les plus étendus pour prendre toute mesure exceptionnelle commandée par les circonstances en vue du rétablissement de l'ordre, de la protection des personnes et des biens et de la sauvegarde des territoires ») et l'interprétation qu'en donne le Conseil d'Etat (Union générale des fédérations de fonctionnaires, Assemblée, 12 juillet 1957, R. 469).

(5) *Traité*, T. I, p. 107 ; compar., p. 302 : « Anspruch, c'est-à-dire uniquement la possibilité de mettre en mouvement une voie de droit. » Mais ceci vient de la confusion établie par Duguit entre l'action et la demande en justice.

(6) *Traité*, T. I, p. 299.

(7) *Op. cit.*, p. 225.

(8) *Id.*

de règles de droit constructives, c'est-à-dire établies pour assurer dans la mesure du possible le respect et l'application des précédentes ; la fameuse distinction établie par le doyen Gény entre le donné et le construit (9) se retrouve ainsi dans une certaine mesure dans la théorie publiciste de la règle de droit, donnant une nouvelle justification à la remarque de Chiovenda : « Dans l'étude du procès, nous verrons tomber les barrières patiemment élevées par la doctrine entre le droit privé et le droit public » (10).

Le recours pour excès de pouvoir apparaît comme le type même de la règle constructive ; il s'est en effet édifié peu à peu sur le fondement de la norme établie par la révolution de 1789 sous le nom de principe de légalité, pour en assurer la sanction. De cette construction dont nous devons retracer les étapes (11), il faut précisément retenir la création progressive d'une véritable voie de droit, distincte du grief d'excès de pouvoir argué contre tel ou tel acte (12). Cette création fut extrêmement rapide puisqu'il fallut moins d'un siècle pour que le principe de légalité soit doté d'une véritable sanction. Ici encore s'affirmait la nature objective du pouvoir reconnu aux particuliers. En effet, fonder le recours sur la seule prétention d'un excès de pouvoir, c'était lui conférer un caractère assez nettement subjectif : c'est à raison seulement de la situation qui lui était faite, du « scandale » commis à son égard que le particulier pouvait agir et obtenir de l'autorité compétente qu'elle statue. Plus que d'assurer la sanction de la loi violée, il s'agissait de redresser certains torts particulièrement criants causés aux individus. En libérant le recours pour excès de pouvoir de ce fondement particulièrement fragile pour en faire une véritable voie de droit, ouverte contre l'Etat, on lui donnait bien évidemment le caractère d'un pouvoir objectif, « mis à la portée de tous pour la défense de la légalité méconnue » (13).

Il va de soi qu'une telle évolution se heurta d'abord à une vive résistance du pouvoir exécutif ; pratiquement d'ailleurs, elle ne prit tournure qu'après 1860, l'Empire libéral. Elle impliquait, en effet,

---

(9) « Le donné, qui doit formuler la règle de droit telle qu'elle ressort de la nature des choses et autant que possible à l'état brut... et le construit qui tend à ériger la règle brute en précepte capable de s'insérer dans la vie et d'animer celle-ci en une des fins supérieures du droit. » *Science et technique en droit privé positif*, T. I, p. 97.

(10) « Nel processo, vediamo cadere la barriere pazientemente edificata della dottrina fra il diritto privato e il publico. » Cité par Vizioz, *Etudes de procédure*, p. 53.

(11) Cf. *infra*, titre I^er^, chap. I^er^.

(12) *Id.*

(13) Pichat, conclusions sous Lafage, 8 mars 1912, R. 348.

le renoncement effectif et concret à la longue tradition d'autorité quasi discrétionnaire accordée aux gouvernants, ou prise par eux. Davantage encore, elle marquait le passage des individus de la qualité de sujets à celle de gouvernés, d'administrés serait-il plus exact de dire aujourd'hui. En bref, elle consacrait au bénéfice de tous l'existence d'un véritable pouvoir dirigé contre l'action des gouvernants, pouvoir de nature objective. Dès lors se posait le problème des limites à fixer à ce pouvoir. Tout naturellement, elles s'inscrivent dans le cadre d'une étude de l'acte administratif.

3° *L'acte administratif : les limites du pouvoir reconu aux particuliers.*

En effet, la voie de droit ainsi créée ne pouvait être utilisée pour critiquer une loi ; expression de la volonté générale, il était inconcevable d'attribuer à un citoyen le pouvoir de l'attaquer puisqu'elle n'est au fond que la manifestation de sa volonté propre. Elle ne pouvait davantage être utilisée à l'encontre des actes juridictionnels, dont la régularité est appréciée suivant des modalités qui leur sont propres. En revanche, elle devait servir pour assurer la conformité de tous les actes administratifs à la légalité. Encore fallait-il définir l'acte administratif. Là encore, c'est suivant des critères objectifs qu'il fut procédé, sans tenir compte des effets produits sur la situation juridique du demandeur mais bien de la nature de l'acte, objectivement déterminée : l'étendue de la voie de droit se trouvait, se trouve toujours, fixée à l'avance par la nature et le champ d'application de l'acte attaqué. Il faut d'ailleurs remarquer qu'il en est exactement de même en droit privé : le contrat, le testament, la faillite, déterminent à l'avance l'étendue de la voie de droit qui sera éventuellement utilisée par les plaideurs.

Pour le recours pour excès de pouvoir, le pouvoir de saisir le juge à l'effet d'en obtenir une décision au fond ne se concevait donc qu'à l'encontre d'actes administratifs. Deux séries de questions se sont posées au Conseil d'Etat; il les a peu à peu résolues dans le sens le plus favorable aux administrés, consacrant ainsi la réalité de leur pouvoir d'obtenir une décision au fond.

La première série de questions résultait du fait que la légalité matérielle n'a pas en France le même contenu que la légalité formelle. Définie par ses caractères de généralité et de permanence, la « loi » comprend en effet les règlements administratifs, ou tout au moins une importante partie d'entre eux : la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les éléments de la légalité matérielle que constituent certains règlements administratifs ne fut donc pas admise sans difficultés. C'est l'arrêt Compagnie des Che-

mins de Fer de l'Est (14) qui la posa en principe à propos des règlements d'administration publique, particulièrement « topiques » puisqu'ils participent dans leur nature du caractère général de la loi, comme pris en vertu d'une véritable délégation législative : « Considérant que si les actes du Chef de l'Etat portant règlement d'administration publique sont accomplis en vertu d'une délégation législative..., ils n'échappent pas néanmoins, et en raison de ce qu'ils émanent d'une autorité administrative, au recours prévu à l'article 9 précité (recours pour excès de pouvoir) » (15).

La seconde série de questions, plus importante sans doute au point de vue du contenu du pouvoir reconnu au requérant, concernait, concerne encore dans une certaine mesure, certains actes incontestablement accomplis dans l'exercice de leur mission par les autorités administratives, mais à propos desquels le Conseil d'Etat refusa longtemps, refuse toujours pour certains d'entre eux, de contrôler la légalité : les actes dits « de gouvernement » et les actes considérés comme « de pure administration ». L'abandon de la théorie du mobile politique (16) et son remplacement par une « liste » qu'on dirait inscrite sur une véritable peau de chagrin (17) pour les premiers, la disparition des seconds (18) sont venus confirmer le pouvoir reconnu au demandeur d'obtenir une décision au fond du juge de l'excès de pouvoir.

Ainsi, chacun des trois fondements qu'il faut combiner pour situer le recours pour excès de pouvoir dans le cadre de notre organisation constitutionnelle concourt à la définition de sa nature propre : c'est un pouvoir objectif, une véritable action, au sens donné à ce terme par la doctrine processualiste la plus récente et, à notre avis, la plus exacte. Tout naturellement, ce caractère s'est traduit concrètement, au plan de l'organisation pratique du recours.

B. — Les conséquences de ce fondement.

Ainsi s'expliquent tout naturellement, par le seul fait que le recours pour excès de pouvoir soit, comme toute action en justice,

---

(14) 6 décembre 1907 ; S. 1908-3-1, concl. Tardieu, note Hauriou.

(15) Cette jurisprudence a été étendue aux décrets pris par le chef de l'Etat en matière coloniale (Maurel, 22 décembre 1933, R. 1226), aux décrets-lois de la IIIe République (Union des véhicules industriels, 25 juin 1937, D. 1937-3-33, avec une note Rolland) et à ceux de la IVe République (Garrigou, Assemblée, 16 mars 1956, D. 1956-2-253, concl. Laurent).

(16) Prince Napoléon, 19 février 1875, D. 1875-3-18, conclusions David.

(17) M. Virally (« L'introuvable acte de gouvernement », R.D.P. 1952, p. 317), prétend même qu'il n'y a plus de catégorie autonome de l'acte de gouvernement.

(18) Grazzietti, 31 janvier 1902, S. 1903.3.113, avec la note d'Hauriou : « Il n'y a pas d'actes discrétionnaires, il y a un certain pouvoir discrétionnaire de l'administration. »

un pouvoir objectif, un certain nombre de règles qui ne consacrent en rien l'autonomie du recours par rapport aux autres actions en justice mais manifestent au contraire avec éclat qu'il n'est pas différent d'elles : notamment celles qui tiennent à son caractère non suspensif et aux règles en matière d'acquiescement.

1° *Le caractère non suspensif du recours pour excès de pouvoir.*

« Sauf disposition législative spéciale, la requête au Conseil d'Etat n'a point d'effet suspensif » (19). M. de Laubadère écrit à ce sujet : « C'est un principe fondamental que les recours devant les juridictions administratives ne sont pas suspensifs de l'exécution des décisions administratives critiquées » (20), laissant ainsi entendre que la règle est caractéristique de la procédure suivie en matière d'excès de pouvoir. « Ce qui donne un aspect particulier à cette dernière, c'est que le pourvoi devant le Conseil d'Etat n'a pas, réserve faite de ce que nous dirons du sursis, d'effets suspensif », précise pour sa part M. Lenoan (21). L'ensemble de la doctrine (22) semble ainsi considérer comme une caractéristique du recours pour excès de pouvoir le fait qu'il ne produise aucun effet suspensif, en dehors des cas où le sursis d'exécution est accordé par la juridiction saisie (23).

Cette position apparaît à tout le moins étonnante. Les règles applicables à ce sujet en procédure civile ou pénale sont en effet les mêmes et l'on conçoit mal d'où peut provenir l'étonnement des auteurs à son égard. Elle est tout simplement la conséquence logique et indispensable de la notion d'action en justice définie comme un pouvoir objectif de saisir la juridiction à l'effet de la faire statuer au fond. Ainsi, dans le procès pénal, où l'accusé est présumé innocent tant que sa culpabilité n'a pas été prouvée, aucun changement ne peut se produire dans sa situation juridique aussi longtemps que l'action du ministère public n'a pas abouti à une décision du tribunal correctionnel saisi, nulle peine ne pouvant être subie en France qu'en vertu d'un jugement irrévocable (24).

(19) Article 8 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 sur le Conseil d'Etat. « Le recours devant le tribunal administratif n'a pas d'effet suspensif » déclare, pour sa part, l'article 9 du décret du 30 septembre 1953.

(20) *Traité*, p. 396, n° 743.

(21) *La procédure devant le Conseil d'Etat*, 1954, p. 88.

(22) On pourrait en effet multiplier les citations à ce sujet.

(23) Sur le sursis : cf. *infra*, titre I[er], chap. III.

(24) S'il apparaît parfois nécessaire de mettre le prévenu sous la main de la justice pour qu'il n'échappe pas à son action, la loi a minutieusement réglé dans leur forme et dans leur emploi les « mandats » au moyen desquels il peut être fait exception, pour les besoins de l'instruction préparatoire, au principe de liberté individuelle.

Ainsi encore, aucune modification ne se produit dans la situation que les parties à un procès civil soumettent à un tribunal (25) ; tant que ce dernier n'a pas pris de décision, les rapports antérieurement en vigueur continuent de gouverner les relations des intéressés. Il en est si bien ainsi que l'un des problèmes classiques soumis à la sagacité des processualistes est celui de déterminer la date à laquelle il faut considérer qu'une décision de justice produit ses effets. Une étude de M. Mazeaud, devenue classique (26), distingue à cet égard les jugements dits constitutifs et les jugements dits déclaratifs (27). Or, si la demande en justice produisait un quelconque effet suspensif, il n'existerait guère que des jugement déclaratifs. Au surplus, le principe suivant lequel l'appel produit un effet suspensif (28) a précisément pour conséquence de stabiliser la situation existante avant la demande jusqu'à l'intervention d'une décision définitive. Il renforce donc le principe de l'effet non suspensif de la demande puisque, grâce à lui, la décision des premiers juges ne produit pas d'effets immédiats, la situation des parties restant donc sans changement aussi longtemps qu'une décision définitive n'est pas intervenue.

A l'inverse, mais par application du même principe, l'appel ne produit pas d'effet suspensif dans la procédure du recours pour excès de pouvoir, c'est-à-dire que la situation juridique en litige reste réglée par l'acte critiqué jusqu'à l'intervention d'un arrêt définitif. Comme en matière civile, la décision des premiers juges est temporairement privée d'effets. Seulement, en procédure administrative, l'expression « effet non suspensif » concerne l'acte critiqué tandis que, en procédure civile, elle s'applique au jugement intervenu. Mais, bien évidemment, la règle suivie est très exactement la même.

Cette règle doit d'ailleurs s'expliquer très simplement, en rappelant que l'action est un pouvoir objectif de saisir la juridiction au fond. On comprendrait mal, en effet, que la demande en justice, qui est la manifestation concrète de ce pouvoir, puisse produire quelque effet suspensif que ce soit. L'action est le pouvoir de saisir le juge, elle n'est pas le pouvoir de modifier unilatéralement une

(25) Sous réserve des provisions qu'il peut allouer, avant sa décision au fond.

(26) *Revue trimestrielle de droit civil*, 1929, p. 17.

(27) Les jugements déclaratifs constatent des droits préexistants et produisent leurs effets au jour de la demande ; les jugements constitutifs créent des droits nouveaux et produisent leurs effets au jour où ils sont prononcés.

(28) Réserve faite de l'exécution provisoire qui peut être accordée au demandeur par le tribunal de première instance.

situation ou un état juridique (29) ; il apparaît donc parfaitement normal que son utilisation par un plaideur ne produise pas d'effets sur les éléments du problème de droit soumis au juge (30).

2° *Les règles en matière d'acquiescement.*

On sait que, après avoir implicitement admis la possibilité d'une renonciation au recours pour excès de pouvoir (31), le Conseil d'Etat a décidé : « Considérant que, si... le sieur Louarn a déclaré qu'il était disposé, sous certaines conditions, à n'exercer aucun recours contre la décision prise à son égard... un tel engagement, quelle qu'en ait été la portée, ne pouvait être de nature à interdire à l'intéressé l'exercice du recours pour excès de pouvoir contre les décisions par lesquelles a été réglée sa situation réglementaire » (32). Suivant les conclusions tirées par M. Heurté d'une étude approfondie des arrêts intervenus en la matière, « l'ensemble de la jurisprudence... montre que le Conseil d'Etat accepte toujours d'examiner la fin de non-recevoir tirée de l'acquiescement du demandeur, encore que, pratiquement, il paraisse n'en avoir jamais admis le bien-fondé » (33). Sans étudier ici l'acquiescement dans le cadre de l'instance (34), il fallait mentionner ce problème du renoncement préventif au recours pour excès de pouvoir, car « l'acquiescement dépasse le cadre de l'instance et se rattache à l'étude de l'action en justice » (35).

La règle applicable en la matière est d'ailleurs la même qu'en droit privé où le particulier ne peut davantage renoncer de façon générale et absolue au pouvoir de saisir le juge (36). Dans l'un et l'autre cas, elle résulte de la nature objective de ce pouvoir. En effet, c'est à raison de son caractère objectif qu'il apparaît impossible de renoncer à ce pouvoir à l'avance. Nous aurons l'occasion d'examiner quelle est la liberté des individus après que le procès

(29) La situation juridique résultant d'un acte juridique, l'état juridique résultant d'un fait juridique. Sur ce point, cf. MARTIN de LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, 1951, pp. 21 à 36.

(30) L'interruption de la prescription ou le début du cours des intérêts, qui résultant de la demande, se placent pour leur part hors de ce problème.

(31) Plet, 2 mars 1934, R. 1236 : « Il n'est pas établi que le sieur Plet, en acceptant une indemnité pour brusque congédiement, ait entendu renoncer à attaquer l'arrêté qui a prononcé sa révocation ; son pourvoi est, par suite, recevable », S. 1936-3-97, avec une note ALIBERT.

(32) Louarn, 13 février 1948, R. 79.

(33) HEURTÉ : « L'acquiescement dans la procédure administrative », R.P. D.A. 1954, p. 182.

(34) Cf. *infra*, § 2.

(35) HEURTÉ, article précité.

(36) Cf. *supra*, p. 34.

soit engagé, notamment en matière de désistement, mais, tant que le procès n'est pas engagé, aucune renonciation préventive ne peut produire d'effet et le requérant reste, dans l'ensemble des cas, libre d'utiliser un pouvoir dont il n'a pu valablement se priver avant d'avoir l'occasion d'en faire usage, parce qu'il ne lui appartenait pas.

Cette distinction laisse présager que des problèmes, parmi les plus délicats de notre sujet, résultent des règles suivant lesquelles est attribué le pouvoir d'agir. Il faut les étudier maintenant.

§ 2. — Le recours pour excès de pouvoir est attribué de façon subjective.

En admettant la comparaison du litige juridictionnel avec l'un de ces combats en champ clos qui faisaient jadis les délices de nos aïeux, il apparaît que l'action en justice représente assez exactement la part de leur règlement qui fixait les conditions générales de participation : date et lieu, sélection des participants (37). Ces conditions d'attribution jouent dès lors un double rôle. D'une part, elles déterminent le cadre spatial et temporel de la joute ; d'autre part, elles limitent le droit qu'ont les combattants d'entrer dans ce champ où tout le monde ne peut être admis. Sans pousser plus loin un parallèle qui n'a d'autre intérêt que de permettre une représentation concrète de notions assez délicates dans leur abstraction, le pouvoir de saisir le juge se révèle donc soumis à deux séries de conditions assez différentes mais qu'il faut combiner pour avoir une vue exacte des choses.

1. — L'Unité fondamentale des diverses conditions de l'action.

a) En droit privé :

On a démontré plus haut que, si l'action est en elle-même un pouvoir de nature objective, elle était, tout au moins dans le cadre d'un litige entre parties, attribuée en fonction de considérations subjectives, tenant à la personne du demandeur ou du défendeur ; et à sa situation juridique particulière. Cette analyse d'ordre théorique a, notamment, inspiré la présentation des conditions d'ouverture de l'action par MM. Cuche et Vincent (38). Traitant de la capacité parmi les conditions de l'instance (39), et considérant à juste titre le problème du droit comme différent du problème

(37) En poursuivant cette comparaison, les règles relatives à l'instance seraient le pendant de celles qui concernent les coups interdits et permis.
(38) *Op. cit.*, pp. 15 à 25.
(39) Sur la justesse de ces vues, cf. *supra*, p. 24.

de l'action, ces auteurs distinguent, en effet, les conditions relatives à la personne du sujet qui agit (intérêt et qualité), les conditions relatives à l'objet de l'action et celles relatives aux délais. Au vrai d'ailleurs, et si l'on veut pousser l'analyse, il convient de remarquer que les règles en matière de délai et d'objet de la demande sont d'une nature matérielle différente des règles relatives à la personne qui agit. Alors, en effet, que ces dernières se révèlent largement subjectives et représentent réellement les conditions d'attribution de l'action, les autres constituent des fins de non-recevoir.

Suivant la fine observation de MM. Hébraud et Raynaud (40) les fins de non-recevoir s'analysent comme manifestant une véritable disparition de l'action, du pouvoir d'agir, quel que soit le régime procédural auquel les juridictions choisissent de les soumettre (exception ou défense au fond). Dès lors, dans le procès civil, les fins de non-recevoir apparaissent comme douées d'une nature objective : puisqu'elles règlent le sort d'un pouvoir lui-même objectif (pouvoir de saisir le juge), elles participent forcément à sa nature (41). Seulement, de même que l'action est un pouvoir objectif attribué subjectivement, de même les fins de non-recevoir sont une limite objective à ce pouvoir, mais une limite qui est subjectivement tracée. Pour prendre un exemple, le contrat de vente d'un immeuble autorise le vendeur à prétendre en justice à la rescision pour lésion de plus des sept douzièmes ; le pouvoir objectif de saisir le juge lui est attribué subjectivement à raison de la qualité qu'il tient du contrat prétendu lésionnaire et de l'intérêt qu'il a de faire résilier une vente si désavantageuse pour lui. Mais deux circonstances peuvent rendre irrecevable l'action du vendeur : si plus de deux années se sont écoulées depuis la vente (42), si la vente portait sur l'une de ces maisons que la loi Marthe Richard réprouve, le tribunal ne statuera pas au fond, considérant que le demandeur n'a pas d'action. On voit que ces fins de non-recevoir sont de nature objective mais qu'elles sont attribuées subjectivement ; dans l'exemple choisi, suivant la date et l'objet du contrat, c'est-à-dire d'un acte au plus haut point subjectif.

b) Dans la procédure du recours pour excès de pouvoir :

---

(40) *Revue trimestrielle de droit civil*, 1953, p. 570 : « Le décret-loi de 1935 ayant forcé la nature des choses en soumettant les fins de non-recevoir au régime procédural des simples exceptions, la jurisprudence a réagi en les rapprochant des défenses; ainsi, *les moyens qui sont tirés de l'absence du droit d'action*, quoique matériellement des défenses, sont soumis au même régime. »

(41) Elles présentent donc les mêmes caractères que l'action.

(42) Article 1676 du Code civil.

Cette analyse doit à notre avis être intégralement transposée dans l'étude des conditions d'ouverture du recours pour excès de pouvoir. On verra, en effet, que la « qualité » exigée du demandeur ou du défendeur par le Conseil d'Etat comprend, sous le nom d'intérêt et de grief, deux notions qui recouvrent assez exactement les notions de qualité et d'intérêt telles que les entendent les processualistes et la Cour de Cassation (43). Il faut dès lors en tirer la conséquence logique : les conditions exigées d'une personne donnée pour lui reconnaître le pouvoir de saisir le tribunal compétent à l'effet de le faire statuer au fond sont de la même nature dans le contentieux de l'excès de pouvoir et dans le droit judiciaire privé (44). Dans les deux cas, l'action est attribuée en fonction de facteurs essentiellement subjectifs : dans les deux cas, par conséquent, il faut parler de litige entre parties. Une analyse détaillée de la jurisprudence montrera, en effet, comment la « qualité » exigée par le Conseil d'Etat peut, doit selon nous, se comprendre comme une notion essentiellement subjective.

Dans la matière du recours pour excès de pouvoir comme en droit privé, des fins de non-recevoir viennent limiter le pouvoir reconnu aux parties. Elles tiennent encore aux délais et à l'objet de la demande en justice. Leur importance pratique est sans nul doute plus grande et la jurisprudence à leur sujet plus abondante. Nous ne pensons pas cependant que cette différence quantitative entraîne une modification qualitative quelconque : en d'autres termes, leur nature profonde n'est pas affectée par « l'excès d'honneur » qui leur est fait, car c'est seulement l'incertitude ou l'ignorance des plaideurs en face de règles délicates et non codifiées qui est la cause du rôle considérable que jouent ces fins de non-recevoir dans la jurisprudence courante, non leur nature privilégiée. Or, cette nature apparaît identique à celle des fins de non-recevoir du droit privé. Elle est sans nul doute objective : l'écoulement d'un délai, la nature administrative ou non d'un acte, présentent certainement ce caractère ; au surplus, affectant l'existence d'un pouvoir objectif, les fins de non-recevoir participent certainement de sa nature. Mais, et ceci est essentiel, ces fins de non-recevoir sont elles-mêmes attribuées de façon subjective, comme en droit judiciaire privé. Nous espérons le montrer en exposant les règles suivant lesquelles est calculée et opposée l'expiration du délai de recours

(43) Cf. *infra*, titre II.

(44) L'expression est de M. Solus ; elle est d'ailleurs le titre du cours de procédure qu'il professe à la Faculté de Droit de Paris.

et l'interprétation qu'il convient d'en donner : délais de prescription plus que délai de procédure (45).

Pour la fin de non-recevoir tirée du caractère non administratif de l'acte entrepris par la voie du recours pour excès de pouvoir, nous admettons volontiers qu'elle est toute entière objective, comme étant parfaitement étrangère à la volonté et à la situation juridique des parties. Encore convient-il de préciser la portée de cette remarque. Si, en effet, l'acte est administratif, la fin de non-recevoir ne joue pas et l'analyse précédente reste valable : l'action est attribuée subjectivement. Si à l'inverse il faut considérer l'acte comme n'étant pas administratif, le recours pour excès de pouvoir est impossible. Mais la chose nous paraît toute naturelle : le pouvoir d'agir n'a pas été attribué au demandeur contre cet acte ou, plus exactement, il le lui a été mais à condition d'utiliser une autre voie de droit que le recours pour excès de pouvoir (46). Il en va de même si le vendeur d'immeuble qui a livré la chose s'avise tout à coup qu'il n'y a pas eu contrat parce que son acheteur n'a pas signé : il lui est impossible en ce cas d'agir en justice par la voie de l'action en rescision mais il pourra agir en revendication puisque le transfert de propriété n'a pas eu lieu. Si enfin l'acte est bien administratif mais considéré comme insusceptible de recours à raison de son caractère d'acte de gouvernement, il faut considérer à notre avis que la fin de non-recevoir joue ici le même rôle que celle qui, en droit judiciaire privé, affecte les demandes contraires à la loi ou aux bonnes mœurs : dans les deux cas, les nécessités de l'ordre public, souverainement appréciées par le juge, s'opposent à ce que l'action soit attribuée au particulier.

Ces règles relatives au respect de l'ordre public sont la seule exception au principe suivant lequel le pouvoir de saisir le juge et sa limite — les fins de non-recevoir — s'ils sont de nature objective, sont subjectivement attribués. On se convaincra mieux de l'unité fondamentale ainsi présentée par les conditions de l'action en étudiant un cas particulier.

2. — Un cas particulier : la jurisprudence relative a l'inexistence des actes administratifs (47).

Lorsqu'il admet qu'un acte administratif est inexistant, le Conseil d'Etat a tendance à rejeter le recours comme irrecevable, tantôt

---

(45) Cf. *infra*, titre II, chap. II.

(46) Par exemple, une action en responsabilité devant les tribunaux civils.

(47) Cf. Auby, *La théorie de l'inexistence des actes administratifs*, thèse Paris, 1947 ; P. Weil, *Une résurrection : la théorie de l'inexistence en droit administratif français*, D. 1958, chr., p. 49.

à raison du fait qu'il ne pouvait faire grief au requérant, tantôt à raison du fait qu'il n'est pas administratif. « D'une manière générale, le Conseil d'Etat a employé trois formules. Dans certains arrêts, il relève que l'acte attaqué ne constitue pas une décision de nature à faire grief au requérant. Dans d'autres cas, au contraire, il qualifie bien cet acte de décision mais déclare qu'il ne fait pas obstacle à l'exercice par le requérant de ses droits devant l'autorité compétente. D'autres décisions enfin combinent les deux formules » (48). Sans entrer dans le détail d'une jurisprudence dont la synthèse est encore toute récente (49), il suffit d'en dégager la signification. Elle manifeste à l'évidence que qualité et fin de non-recevoir sont deux aspects liés d'une même réalité ; leur combinaison définit la position des parties en cause au recours pour excès de pouvoir, en délimitant le champ du litige et les conditions d'entrée dans ce champ.

Section II

L'ACTION EN EXCÈS DE POUVOIR EST D'ORDRE PUBLIC

Les raisons pour lesquelles il en est ainsi nous importent au fond assez peu (50), l'essentiel étant de savoir si ce caractère porte atteinte à la notion de partie. On se convaincra qu'il n'en est rien en examinant les deux séries de conséquences tirées par le Conseil d'Etat du fait que le recours pour excès de pouvoir soit d'ordre public : il est ouvert même sans texte, le désistement y est toujours possible.

§ 1. — Le recours pour excès de pouvoir est ouvert même sans texte.

Le 17 février 1950, le Conseil d'Etat décidait, le recours pour excès de pouvoir... « est ouvert même sans texte contre tout acte administratif, et... a pour objet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité » (51). Cette juris-

(48) Auby, *op. cit.*, p. 106.

(49) Cf. Weil, *op. cit.*

(50) Il faudrait les dégager de l'histoire du recours et des « traditions républicaines » du Conseil d'Etat.

(51) Ministre de l'Agriculture contre dame Lamotte, R.D.P. 1951, p. 478 (conclusions Delvolvé, note Waline).

prudence, confirmée plusieurs fois depuis (52), manifeste à l'évidence le caractère objectif du pouvoir reconnu aux administrés à l'effet de leur assurer le bénéfice d'une voie de droit efficace contre l'Etat et les décisions qu'il peut prendre. La chose est d'autant plus évidente que, tout au moins dans l'espèce dame Lamotte, le Conseil d'Etat aurait pu atteindre le même résultat concret sans se livrer à une véritable « inversion de texte » (53). Quoique l'article 4 de la loi sur la base de laquelle était pris l'arrêté préfectoral critiqué ait disposé : « l'octroi de la concession ne peut faire l'objet d'aucun recours administratif ou judiciaire », le Conseil d'Etat négligea les solutions moins révolutionnaires que lui avait proposées son commissaire du Gouvernement ou que lui offrait le droit positif (54) pour se rallier à la formule suivant laquelle le recours pour excès de pouvoir est de droit commun et ouvert même sans texte.

Or, le caractère d'ordre public du recours pour excès de pouvoir nous semble bien la conséquence logique du fondement de cette action. C'est parce qu'il s'agit d'une voie de droit ouverte au profit des administrés de façon à leur conférer un véritable pouvoir en contrepartie de leur soumission à la loi et à l'action des gouvernants, parce que ce pouvoir est de nature objective et préexiste à l'intervention de toute mesure prise à l'encontre des demandeurs, qu'il faut le considérer comme « ouvert même sans texte », et même si l'intention du législateur semble être d'avoir voulu en supprimer la possibilité. Ce n'est donc pas seulement « pour l'honneur du droit public » (55) que le Conseil d'Etat se devait de juger cette affaire comme il l'a fait, mais à raison de la nature même du recours pour excès de pouvoir, pouvoir objectif reconnu aux individus dans le cadre de notre organisation constitutionnelle.

Il faut d'ailleurs noter que ce caractère d'ordre public ainsi reconnu au recours pour excès de pouvoir ne lui est pas particulier ; il existe également en droit privé où « l'on admet généralement que les règles relatives à l'exercice des actions sont d'ordre public » (56). Une différence existe cependant. qui explique qu'au-

(52) Falco et Vidaillac, 17 avril 1953, R. 175 : « En l'absence de toute prescription édictant expressément une solution contraire, les dispositions précitées... ne sauraient avoir pour conséquence de priver (les intéressés) du recours pour excès de pouvoir qui leur est ouvert, en cette matière comme en toute autre, en vertu des principes généraux du droit. » *Adde :* époux Deltel, 16 avril 1955, D. 1956-44 (conclusions Laurent) ; Simonet, 17 mai 1957, R. 314 (conclusions Heuman), D. 1957-581 (note Jeanneau).

(53) L'expression est du doyen Gény.

(54) Cf. sur ce point : Jeanneau, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, 1954, pp. 70 et 71.

(55) L'expression est de M. Delvolvé, dans ses conclusions précitées.

(56) Cuche et Vincent, *op. cit.*, p. 5.

cune décision de la Cour de cassation ne vienne faire pendant à celle du Conseil d'Etat : alors qu'en droit privé le pouvoir des particuliers peut s'exercer suivant plusieurs modalités, il n'en va pas de même devant le juge de l'excès de pouvoir où la seule action possible est le recours pour excès de pouvoir. Supprimer l'action du bailleur contre son locataire, ce n'est pas supprimer totalement le pouvoir du premier de saisir les tribunaux d'une demande contre le second (57) ; mais supprimer l'action de l'administré contre tel ou tel acte reviendrait à priver le requérant de tout son pouvoir d'agir. C'est pour éviter cette conséquence, incompatible avec la notion même d'action, que le Conseil d'Etat a refusé qu'on le fasse, en l'absence d'un texte de loi exprès (58).

Quoiqu'il en soit du fondement théorique de cette jurisprudence, il semble impossible de l'invoquer à l'encontre ou à l'appui de la présence au recours pour excès de pouvoir de véritables parties car elle n'affecte pas la situation des personnes en cause une fois l'action en excès de pouvoir intentée. Il en va autrement de la jurisprudence relative au désistement.

§ 2. — Le désistement est toujours possible.

Il s'agit là d'une question qui présente l'intérêt particulier d'être marquée par deux arrêts que nous citions au début de ce travail : « le recours pour excès de pouvoir n'est pas un litige entre parties ». Avant de proposer une interprétation, il faut préciser la façon dont se présente le problème et la solution que lui a donnée la jurisprudence administrative.

1. — Les éléments du problème.

Le désistement est en lui-même un terme sans signification juridique précise, qui signifie renonciation, abandon. Il faut donc le préciser. On distingue généralement, à cet égard, trois catégories de désistement (59), d'importance inégale : le désistement d'un ou de plusieurs actes de procédure, qui est la renonciation aux effets juridiques produits par un ou plusieurs actes de procédure accomplis au cours de l'instance (par exemple, désistement d'une demande

(57) Par exemple, si le bailleur ne peut pas expulser son locataire, il garde la possibilité d'exiger ses loyers ou la réalisation des réparations locatives ; un certain équilibre est donc maintenu.

(58) Il faut d'ailleurs noter que la jurisprudence Lamotte est née à la suite de textes interdisant tout recours, en général ; mais les tribunaux civils n'ont pas eu à appliquer de textes ainsi formulés, du moins à notre connaissance. La question ne s'est donc pas posée pour eux.

(59) Solus, *op. cit.*, p. 579 ; Cuche et Vincent, *op. cit.*, n° 565, p. 510 ; Méjean, *op. cit.*, p. 183 ; *Encyclopédie Dalloz de procédure*, V° Désistement, etc.

d'enquête ou d'expertise) ; le désistement d'instance, qui est la renonciation faite par le demandeur aux effets généraux produits par la demande en justice et à la situation juridique créée par elle entre les parties; le désistement d'action, qui est la renonciation au pouvoir juridique de saisir le juge par le plaideur auquel il avait été attribué (60). La portée pratique de ces trois catégories de désistements est dès lors fort différente : le premier apparaît comme la renonciation à la demande d'une mesure qui se révèle inutile et dont on cherche ainsi à éviter la longueur et les frais; le second permet à un plaideur d'arrêter un procès mal engagé dans l'espoir de le reprendre ultérieurement avec plus de chances; le troisième est une renonciation définitive au pouvoir de saisir le tribunal compétent d'une question donnée. Au désistement d'action il faut d'ailleurs comparer l'acquiescement qui est le fait pour le défendeur de se soumettre aux prétentions de l'adversaire; cet acquiescement peut intervenir à deux stades du procès et porter sur la demande initiale ou sur la décision de première instance (il est alors une simple renonciation aux voies de recours). Dans les deux cas, il faut le considérer comme une renonciation faite par le demandeur à utiliser son pouvoir de saisir le juge à l'effet de le faire statuer au fond.

Les conditions posées par le Code de procédure civile et la jurisprudence à l'emploi de ces techniques (61) nous importent assez peu. L'essentiel est la conséquence qu'il faut tirer de ces mécanismes tels qu'ils jouent, ou qu'ils peuvent jouer. De ce point de vue, il apparaît qu'ils constituent, dans le domaine de la procédure civile où nous sommes pour l'instant, la contrepartie nécessaire du fait que l'action est un pouvoir attribué subjectivement : puisque l'action est attribuée subjectivement, il est en effet normal qu'elle puisse être abandonnée par une manifestation de la volonté des intéressés. Une seule limite est posée, par l'article 403 du Code de procédure civile : le désistement d'instance doit, pour produire

(60) Les deux premières définitions sont classiques; nous les adoptons. La troisième en revanche découle de la conception de l'action que nous avons adoptée. Compar. M. Solus, *op. cit.*, p. 580 : Le désistement d'action est la renonciation au droit lui-même dont l'action est la sanction. » Il semble pourtant que si un prêteur se désiste de l'action qu'il a contre son débiteur, l'obligation de rembourser reste à la charge de ce dernier et que le paiement constitue le dénouement d'une obligation civile et non d'une obligation naturelle, ce qui prouve bien que le droit du prêteur restait intact.

(61) La jurisprudence a dû en effet suppléer le Code de procédure civile qui ne règle, dans ses articles 402 et 403, que les règles du désistement d'instance.

ses effets, avoir été accepté par l'adversaire (62). Mais, qu'il soit bilatéral (désistement d'actes de procédure, désistement d'instance) ou unilatéral (désistement d'action, acquiescement) (63), l'acte en question se caractérise dans tous les cas par son caractère irrévocable. Lorsqu'une volonté individuelle s'est engagée, elle ne peut plus se dédire, rien là que de très normal. C'est la conséquence naturelle du fait que l'action soit un pouvoir attribué subjectivement.

Dès lors, si notre analyse du recours pour excès de pouvoir est exacte, ces conséquences devraient se retrouver dans le mécanisme du recours. Mais il n'en est rien, du moins en apparence.

2. — La jurisprudence
Société Dockès Frères et de Villèle.

Par deux arrêts au moins dont l'un d'assemblée (64), le Conseil d'Etat a au contraire décidé (65) : « Considérant que, si le sieur de Villèle s'est, le 20 octobre 1946, désisté purement et simplement de sa requête, il a, par un acte enregistré le 24 juillet 1947, rétracté ce désistement; considérant que le litige soulevé par le recours pour excès de pouvoir introduit par le sieur de Villèle n'est pas un litige entre parties; que, par suite, le fait que le ministre de la France d'outre-mer a, dans ses observations présentées le 26 octobre 1946, demandé qu'il lui soit donné acte du désistement susmentionné, n'a pas été de nature à lui conférer un caractère irrévocable; que, dès lors, le sieur de Villèle a pu valablement retirer son désistement et qu'il n'y a pas lieu d'en donner acte. » La jurisprudence administrative accorde donc au demandeur en excès de pouvoir la possibilité de rétracter son désistement valablement formé et valablement accepté, aussi longtemps que le tribunal valablement saisi n'en a pas donné acte.

Une lecture hâtive de ces arrêts semblerait révéler que le désistement, même accepté, ne peut produire d'effets car il n'y a pas de parties au recours pour excès de pouvoir ; confirmation de cette interprétation serait trouvée dans un arrêt Jobit (66) sur la

---

(62) On veut ainsi permettre au défendeur de plaider au fond s'il le désire une affaire mal introduite par le demandeur, pour vider définitivement la question ou faire valoir ses demandes reconventionnelles.

(63) Sur l'analyse de ce caractère unilatéral, cf. Martin de la Moutte, *op. cit.*, n° 116 et 117.

(64) Société Dockès frères, Assemblée, 21 avril 1944, R. 120; de Villèle, 19 avril 1950, R. 214.

(65) Nous citons le texte de la décision de Villèle, la plus récente; elle reprend d'ailleurs presque mot pour mot les termes de l'arrêt de principe.

(66) 26 mai 1948, Somm., p. 662.

persistance du lien juridique d'instance malgré la disparition de l'organisme dont la décision était attaquée. Telle est bien en effet la position de M. Waline (67). Négligeant la jurisprudence Jobit (68), il convient en revanche de se pencher un peu sur la jurisprudence en matière de désistement.

3. — Interprétation de cette jurisprudence.

Il faut distinguer le fond et la forme de ces arrêts.

Au fond, les deux décisions en cause nous apparaissent tout à fait normales ; à bien y regarder, elles consacrent même de façon remarquable notre thèse suivant laquelle l'action en excès de pouvoir est attribuée de façon subjective, comme les actions de la procédure civile.

a) Il convient d'abord, pour le démontrer, de situer nettement le problème.

L'acquiescement du défendeur, à la demande ou au jugement, est possible. Il se manifeste lorsque la personne administrative dont l'acte est en cause donne satisfaction au demandeur, affirmant ainsi concrètement sa renonciation à saisir le tribunal du fond d'un litige qu'elle estime perdu d'avance. Une telle attitude répond en effet parfaitement à la définition doctrinale de l'acquiescement (69) : le fait pour un plaideur de se soumettre aux prétentions de l'autre. Il faut d'ailleurs en distinguer « l'acquiescement aux faits présentés dans la requête » prévu par l'article 56 de l'ordonnance du 31 juillet 1945, qui n'est pas un acquiescement au sens processualiste du terme.

Le désistement d'instance est possible de la part du demandeur. Il n'est même pas besoin d'invoquer une jurisprudence à ce sujet puisque l'article 56 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 prévoit expressément : « Si la mise en demeure reste sans effet..., si c'est le demandeur qui n'a pas observé le délai, il est réputé s'être désisté. » Le Conseil d'Etat interprète strictement (70) ce texte qui, très évidemment, concerne le désistement d'instance ; les textes eux-mêmes en prévoient ainsi l'existence. Il faut remarquer que,

---

(67) *Manuel*, p. 469. Il faut noter que M. Waline joint à ces deux questions celles de l'opposition et des dépens à la charge de l'Etat ; or, sur ces deux points, la jurisprudence consacre la notion de parties (cf. *infra*).

(68) Notons ici pour ne plus y revenir, d'une part qu'il s'agit d'un arrêt rapporté en sommaire (et donc d'importance mineure aux yeux du Conseil d'Etat lui-même) et d'autre part que cette jurisprudence a son homologue en droit privé ; « nos actes nous suivent... ».

(69) Cf. par exemple : Cuche et Vincent, *op. cit.*, p. 156, n° 577 ; Méjean, *op. cit.*, p. 184.

(70) Danos, 10 février 1956, A.J. 1957-2-124.

depuis 1954, le problème du désistement d'instance volontaire peut se poser, un plaideur préférant, pour gagner du temps, se désister du recours pour excès de pouvoir introduit devant un tribunal dont il ne perçoit, ou ne croit percevoir, l'incompétence qu'après avoir introduit sa requête. Nous ne connaissons pas de décision sur ce point, mais il nous semble que, lorsque la question se présentera, il faudra la résoudre suivant les règles du droit commun : c'est-à-dire que le désistement sera irrévocable lorsqu'il aura été accepté. Rien en effet ne s'oppose à cette solution, bien au contraire.

Nous ne parlons pas ici du désistement d'un acte de procédure, sans intérêt dans le contentieux administratif à raison du caractère inquisitoire de la procédure.

b) Reste alors le problème du désistement d'action. C'est lui que traitent les décisions Dockès et de Villèle. Etant donnée en effet la brièveté des délais du recours pour excès de pouvoir et la compétence exclusive du Conseil d'Etat dans ces deux espèces, le désistement d'instance n'était pas possible puisque, si le demandeur avait voulu introduire une nouvelle requête après un premier désistement, il aurait été forclos. Dès lors, le prétendu désistement d'instance apparaît au point de vue de ses effets comme un véritable désistement d'action, rendant impossible tout recours ultérieur.

Remarquons tout d'abord que le principe même du désistement d'action est bien admis par le Conseil d'Etat (71). Seules ses modalités sont réglées par les arrêts que nous commentons.

Il faut ensuite noter que l'acceptation du désistement par l'administration ne pouvait suffire à le rendre irrévocable. Nous avons vu en effet que le désistement d'action, à la différence du désistement d'instance, produit ses effets sans avoir besoin d'être accepté par le demandeur et quelle que soit l'attitude de ce dernier (72).

La seule chose à expliquer est donc la possibilité pour le demandeur de rétracter le désistement d'action qu'il a fait tant qu'il ne lui en a pas été donné acte (73). Deux remarques peuvent être présentées à ce sujet. D'abord, l'arrêt de principe date maintenant de

(71) Ceci résulte des termes mêmes employés par les arrêts. *Adde :* Cancre, 4 novembre 1955, R., Somm., p. 777.

(72) En dehors du cas où ce dernier a intérêt a faire juger ses demandes reconventionnelles ; mais cette hypothèse est impossible dans la matière du recours pour excès de pouvoir.

(73) Nous nous gardons de dire que la possibilité de rétracter un désistement manifeste la prévalence de la volonté du demandeur. Une telle remarque serait sans portée, car une volonté individuelle doit pouvoir s'engager définitivement si elle est vraiment autonome.

quatorze ans et l'on peut raisonnablement penser que le Conseil d'Etat saisi à nouveau modifiera sur ce point sa jurisprudence, pour la mettre mieux en accord avec l'ensemble cohérent des solutions déjà adoptées au sujet de l'action en excès de pouvoir; elle y constitue en effet une singularité qui présente aujourd'hui quelque archaïsme, du moins à notre avis. En second lieu, et même si elle se maintient, cette jurisprudence peut s'expliquer en constatant que, comme en droit judiciaire privé, « le désistement d'action est évidemment impossible dans tous les cas où la renonciation... serait contraire à l'ordre public » (74).

Ainsi, quelle que soit l'évolution de la jurisprudence, notre thèse n'en sera pas affectée.

Ou bien, le désistement d'action produira les effets qui sont en principe les siens en droit privé, et l'existence de véritables parties au recours pour excès de pouvoir sera confirmée de façon éclatante.

Ou bien, ce qui nous semble plus probable, le Conseil d'Etat maintiendra sa jurisprudence. En ce cas, il faudra continuer de l'expliquer par le caractère d'ordre public du recours pour excès de pouvoir.

En la forme, les arrêts Dockès et de Villèle tirent la solution qu'ils adoptent du fait que le recours pour excès de pouvoir n'a pas fait naître un litige entre parties. Il est à penser que cette motivation disparaîtra du prochain arrêt rendu en la matière, quelle que soit la décision adoptée au fond. Le mot « partie » s'est en effet introduit non seulement dans la doctrine mais également dans les conclusions des commissaires du gouvernement. C'est à démontrer que la chose elle-même est consacrée par la jurisprudence qu'il faut maintenant s'attacher.

Encore convient-il de faire le point des résultats acquis.

CONCLUSION DU TITRE PRÉLIMINAIRE

Une analyse d'ordre général a permis de conclure que la nature du recours pour excès de pouvoir n'était pas différente de la nature de l'action en justice du droit commun, son caractère d'ordre public concernant plus le rôle qu'elle est appelée à jouer que ses éléments de définition intrinsèque.

Il faut maintenant montrer la justesse de notre position en prouvant que la jurisprudence conduit bien aux conclusions que

---

(74) M. Raynaud, *Jurisclasseur de procédure civile*, articles 402 et 403. *Adde*, dans le même sens, les développements de M. Giverdon à l'*Encyclopédie Dalloz de procédure civile*, V° Désistement, p. 745, n° 94. Il en est ainsi notamment pour les actions d'état dont on ne pourrait en aucune manière se désister.

nous avons seulement mentionnées dans les pages précédentes. Deux titres seront nécessaires à cet effet.

Le premier sera consacré à montrer que, dans le déroulement de l'instance, le pouvoir reconnu aux personnes en cause est tel qu'on puisse légitimement les considérer comme de véritables parties. Ainsi sera vérifié le fait que, comme toute action en justice, le recours pour excès de pouvoir est un véritable pouvoir de saisir le juge.

Le second titre aura pour objet de déterminer si les conditions auxquelles on peut agir en excès de pouvoir sont bien subjectives, si l'entrée dans l'instance se réalise bien de la même façon que pour les procès de droit privé ou les litiges de plein contentieux.

TITRE PREMIER

L'ACTION EN EXCES DE POUVOIR EST UN VERITABLE POUVOIR DE SAISIR LE JUGE

Après avoir brièvement rappelé le cadre à l'intérieur duquel peut être utilisée l'action en excès de pouvoir (chapitre I^er^), il faut s'attacher à montrer que la jurisprudence :

D'une part admet aujourd'hui qu'il existe bien un défendeur et que le recours pour excès de pouvoir n'est plus un procès fait à un acte (chapitre II) ;

D'autre part consacre au profit de chacune des parties un véritable pouvoir de saisir le juge, pouvoir exprimé par les conclusions (chapitre III).

CHAPITRE PREMIER

LES ACTES ATTAQUABLES PAR LA VOIE DU RECOURS POUR EXCES DE POUVOIR

La condition de recevabilité tenant à la nature des actes attaquables par la voie de l'excès de pouvoir comprend deux éléments : il faut qu'il s'agisse d'un acte administratif et que cet acte fasse grief. Le deuxième élément sera étudié plus loin avec la qualité, dont il est l'une des composantes (1) ; reste donc ici le premier. Il constitue une fin de non-recevoir — de nature objective — qui définit par l'extérieur le domaine du recours pour excès de pouvoir. le cadre dans lequel s'exerce le pouvoir des deux parties.

La question a été abondamment examinée dans les différents articles, ouvrages, manuels et traités qui traitent la compétence des juridictions administratives, la théorie de l'acte administratif, le recours pour excès de pouvoir en général et l'exception de recours parallèle en particulier. Il suffit donc de rappeler en quelques pages la ligne générale des résultats acquis, pour marquer le plan d'une étude d'ensemble et dégager l'essentiel des solutions que nous serons amené à utiliser dans nos développements ultérieurs.

(1) Cf. *infra*, titre II.

L'idée générale qui domine la matière est que la recevabilité du recours pour excès de pouvoir est extrêmement générale. Il apparaît de surcroît que la fin de non-recevoir tenant à la nature des actes attaqués n'a pas tant pour but de protéger l'administration que de faire respecter l'ordre des compétences. C'est-à-dire qu'elle est considérée comme d'ordre public, et donc soulevée d'office (2). Au principe suivant lequel tout acte administratif est susceptible de recours pour excès de pouvoir, la jurisprudence a donc apporté des limites pour tenir compte des règles posées par le législateur ou le tribunal des conflits en matière de compétence.

Section I

TOUT ACTE ADMINISTRATIF EST SUSCEPTIBLE DE RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR

La juridiction administrative statue sur « les recours en annulation pour excès de pouvoir formés contre les actes des diverses autorités administratives » (3), et ce recours « est ouvert même sans texte contre tout acte administratif... pour assurer... le respect de la légalité » (4). Encore a-t-il fallu déterminer comment se définissait l'acte administratif. Sur ce point, la jurisprudence a posé une double condition : il faut qu'il s'agisse d'un acte administratif suffisamment « individualisable ».

§ 1. — Il faut qu'il s'agisse d'un acte administratif.

Le principe de la condition est en lui-même évident; son application a néanmoins posé des problèmes délicats tant aux tribunaux qu'à la doctrine.

Aux origines, il faut, pour qu'un recours pour excès de pouvoir soit recevable contre lui, que « l'acte attaqué soit un acte administratif, émané des autorités comprises dans la hiérarchie administrative » (5). C'est dire que le critère adopté est essentiellement organique puisque le seul fait qu'un acte émane de l'administration suffit à permettre le recours, sous la seule réserve, jusqu'en

(2) Cf., par exemple, conclusions Chardeau sous S.A. des Grands Travaux de Marseille, in A.J. 1955-2-327.

(3) Article 9 de la loi du 24 mai 1872, repris par l'article 32 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 sur le Conseil d'Etat.

(4) Ministre de l'Agriculture contre dame Lamotte, 17 février 1950, R. 110.

(5) Laferrière, T. II, p. 420.

1902 (6), de la théorie des actes discrétionnaires. Cette conception avait au moins pour elle le mérite de la simplicité et de la clarté. La souveraineté également répartie entre le législateur, le gouvernement, les tribunaux — trois pouvoirs indépendants et autonomes — empêcha à leur égard tout contrôle externe, non seulement d'opportunité mais aussi de légalité; c'est seulement par les voies qu'ils veulent bien accorder que ces pouvoirs peuvent reconnaître aux citoyens la possibilité de déclencher un « auto-contrôle ». Au contraire, la situation de l'administration est différente : dans la position subordonnée d'un exécutant, son activité peut, et même doit, être contrôlée. En conséquence, pour assurer l'application pratique de cette conception, il suffisait de « se reporter aux principes... sur les limites de la compétence administrative à l'égard de l'autorité judiciaire, et à l'égard du gouvernement et des chambres » (7).

Mais le problème ne tarda pas à gagner en complexité. De plus en plus en effet, l'Etat fit appel à des particuliers pour accomplir certaines tâches considérées comme d'intérêt général, en leur confiant des prérogatives « de puissance publique » pour se procurer des ressources ou assurer l'exécution de leurs décisions. Dès lors, l'optique du Conseil d'Etat s'inversa; à la notion organique de l'acte administratif fit place une notion matérielle. Désormais ce n'est plus la qualité de l'organe qui détermine la nature des actes mais la nature des actes accomplis qui détermine si une autorité est ou non administrative (8). C'est que « le pays qui a su soumettre la puissance publique elle-même au contrôle juridictionnel ne saurait tolérer qu'y échappent tels ou tels organismes investis du pouvoir de créer ou de sanctionner des règlements » (9). Après que la solution se fut imposée sans difficulté pour les associations syndicales de propriétaires que la jurisprudence intégra dans le cadre préexistant de l'établissement public au grand scandale du doyen Hauriou (10), il en fut de même pour les comités d'organi-

(6) Grazzietti, 31 janvier 1902, S. 1903-3-113, et la célèbre note d'HAURIOU appliquant aux actes discrétionnaires le fameux « il est des morts qu'il faut qu'on tue ».

(7) LAFERRIÈRE, T. II, p. 420.

(8) Cf. notamment GULDNER, conclusions sous Girard, 31 mai 1957, D. 1957-430; note FOURNIER et BRAIBANT sous Simon, 24 mai 1957, A.J. 1957-2-269.

(9) LAGRANGE, conclusions sous BOUGUEN, 2 avril 1943, in D. 1944-52

(10) Association syndicale du Canal de Gignac, T.C., 9 décembre 1899, S. 1900-3-49.

sation (11) et les ordres professionnels (12). La doctrine dominante y voit aujourd'hui des personnes administratives « innommées », soumises à un régime mixte « de droit public lorsqu'ils exercent les pouvoirs que la loi leur confie » (13), de droit privé le reste du temps.

Mais, tout acte considéré comme administratif n'est pas pour autant susceptible d'être attaqué par la voie de l'excès de pouvoir. Encore faut-il qu'il soit suffisamment isolable pour donner prise au contrôle du juge administratif.

§ 2. — Il faut qu'il s'agisse d'un acte administratif individualisable.

Il en est ainsi dans la généralité des cas; en certaines hypothèses pourtant, le recours pour excès de pouvoir est déclaré irrecevable du fait que l'acte attaqué ne peut être détaché de rapports juridiques étrangers au droit administratif qui lui préexistent et dont il n'a pas modifié la nature, ou quand il est indissociable d'une opération juridique complexe dont le contentieux n'appartient pas au juge de l'excès de pouvoir.

Le principe était posé depuis longtemps que le recours pour excès de pouvoir n'est pas recevable si la question au fond du débat est essentiellement de droit privé (14). Plus généralement, depuis une décision association El Hamidia rendue aux conclusions de M. Mosset (15), la jurisprudence tend à négliger comme critère de compétence l'intervention purement accessoire d'une autorité administrative ou d'une prérogative de puissance publique... pour faire prévaloir une compétence très générale du juge du fond du droit sur tous les litiges se rattachant à une question donnée » (16) ; ainsi, l'ensemble des litiges relatifs à la Sécurité Sociale sont en principe insusceptibles de donner lieu à un recours pour excès de pouvoir, parce qu'ils sont relatifs à des « rapports de droit privé » (17). On a ainsi dégagé une notion « fonctionnelle »

---

(11) Montpeurt, 31 juillet 1942, R.D.P. 1943, p. 57 (conclusions Ségalat, note Bonnard; « L'arrêt Montpeurt, légendes et réalités », Eisenmann, in *Mélanges Mestre*, p. 221.

(12) Bouguen, précité.

(13) Ségalat, conclusions précitées sous l'arrêt Montpeurt.

(14) Par exemple : Desmarais, 12 décembre 1919, R. 911, au sujet d'un refus de bordereaux d'inscription hypothécaire par le conservateur.

(15) 5 février 1954, J.C.P. 1954, 2816.

(16) Mosset, conclusions sous Pamis, 6 juillet 1955, citées in *Grands arrêts*, p. 382.

(17) Cf. Guionin, conclusions sous Audouin, T.C., 10 décembre 1956, D. 1956-712.

de l'acte attaquable, qui complète la notion matérielle. Et, dans tous les cas, la juridiction saisie doit se livrer à une appréciation concrète de la situation des parties afin d'apprécier l'effet que peut avoir sur elle un acte administratif argué d'un excès de pouvoir. Il faut d'ailleurs noter qu'il résulte des arrêts qu'un acte réglementaire est toujours considéré comme attaquable par la voie de l'excès de pouvoir. Même limitée aux actes individuels, cette jurisprudence n'en est pas moins remarquable. D'une part, c'est par une appréciation subjective des faits de la cause qu'elle pose des limites à la recevabilité du recours pour excès de pouvoir, d'autre part, elle livre à un contentieux subjectif, devant les tribunaux judiciaires, un litige antérieurement considéré comme objectif; la nature du litige n'ayant pas changé, il faut bien en conclure que les arrêts rendus par le Conseil d'Etat avant la décision El Hamidia tranchaient des questions de droit subjectif...

Il est d'autres actes administratifs non attaquables par la voie de l'excès de pouvoir. Ce sont ceux qui se rattachent si étroitement à une opération juridique dont ils sont l'un des éléments qu'il apparaît impossible de les en détacher; ils sont alors appréciés par le juge compétent pour se prononcer sur la régularité de l'opération complexe, quitte pour ce dernier à surseoir à statuer jusqu'au résultat du recours en appréciation de validité qui peut se révéler nécessaire. Ainsi en est-il pour les opérations se rattachant à une procédure pénale dont il appartient aux tribunaux judiciaires d'apprécier la légalité (18) et les éventuelles conséquences pécuniaires (19); pour les opérations se rattachant à une procédure fiscale (20), sauf si l'acte attaqué est de nature réglementaire (21); de même, le traité international est « une opération à procédure dont tous les éléments sont indissociables » (22); quant aux contrats, il semble que les actes administratifs relatifs à leur exécution n'en soient jamais détachables, même quand ils sont réglementaires (23), peut-être parce qu'ils interviennent dans des rapports de droit sans en modifier la nature. Enfin, les actes préliminaires

(18) Société Nocovin, 11 juillet 1956, A.J. 1956-2-401.

(19) Boyer, 24 novembre 1956, A.J. 1957-2-150.

(20) Société Nordeutscher Lloyds, 8 juillet 1921, S. 1925-3-12 (concl. Corneille).

(21) Trautié de Vareux, 28 juin 1929, R. 635.

(22) Pinto, « Le contrôle de la régularité des conventions internationales par les juridictions françaises », in *Mélanges Mestre*, p. 437.

(23) S.A. des Grands Travaux de Marseille, 6 mai 1955, A.J. 1955-2-327 (concl. Chardeau).

à une élection politique ne sont jamais considérés comme de la compétence du juge de l'excès de pouvoir (24).

Si en toutes ces matières, le recours pour excès de pouvoir n'est pas recevable, c'est que la jurisprudence le cantonne encore dans un domaine limité par les règles de compétence.

Section 2

II. FAUT RESPECTER L'ORDRE DES COMPÉTENCES

Outre le cas des mesures prises par une autorité française en qualité d'autorité étrangère (25), qui soulève parfois des difficultés d'application mais ne pose pas de problème théorique tant l'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir à leur égard paraît normale, il faut distinguer deux catégories d'hypothèses où l'on ne peut demander au Conseil d'Etat l'annulation d'un acte administratif.

§ 1. — Cas où tout recours juridictionnel est impossible.

En ces cas, l'acte attaqué a bien des conséquences pour les particuliers et ces conséquences, si elles sont dommageables, peuvent parfois donner lieu à une indemnisation (26), mais il ne peut donner lieu à aucun recours pour excès de pouvoir. Ainsi pour l'acte des services administratifs d'une assemblée politique (27), à raison de la prudence que manifeste le Conseil d'Etat pour tout ce qui concerne ces assemblées (28) ; ainsi encore pour l'acte se rattachant au fonctionnement du service de la justice (29) à raison de la traditionnelle séparation des autorités administratives et judiciaires, les mesures d'organisation du service étant au contraire susceptibles de recours (30) ; ainsi enfin pour les actes dits « de

(24) Tixier, 2 novembre 1951, J.C.P. 1952-II-6810, note Vedel.

(25) Par exemple les décrets pris par le Président de la République en qualité de coprince des vallées d'Andorre (Société Le Nickel, 1er décembre 1933, S. 1935-3-1, note Rousseau).

(26) Législations sur les dommages de guerre, responsabilité du fait des lois.

(27) Vouters, 26 mai 1950, D. 1952-216 (concl. Agid, note Quermonne).

(28) C'est la raison pour laquelle les actes contribuant à une élection politique n'en sont pas détachables, alors que le Conseil d'Etat les considère comme détachables, et les juge, s'il s'agit d'une élection administrative.

(29) Par exemple : Gombert, 28 mars 1947, R. 138; dame Kirkwood, 30 mai 1952, R. 291. La solution de l'arrêt Kirkwood a été abandonnée par une jurisprudence Simon (24 mai 1957, R. 344), parce que le critère adopté pour déterminer si un acte est administratif ou judiciaire a changé. Mais le principe lui-même demeure.

(30) Par exemple : Préfet de la Guyane, 27 novembre 1952. R. 642 ; Falco et Vidaillac, 17 avril 1953, R. 175.

gouvernement », qui ne sont pas les actes du gouvernement par opposition à ceux de l'administration, ce qui supposerait une distinction pratiquement irréalisable, mais des actes « accomplis par le pouvoir exécutif dans ses relations avec une autorité échappant elle-même à tout contrôle juridictionnel » (31) : parlement et puissances étrangères.

§ 2. — Cas où seul le recours pour excès de pouvoir est impossible.

On présentait autrefois ces hypothèses comme résultant de l'exception de recours parallèle. A vrai dire d'ailleurs, il ne s'agissait pas d'une exception au sens technique du terme, car ses effets étaient plus grands qu'une suspension temporaire du droit d'agir en justice; c'était bien plutôt une véritable fin de non-recevoir d'ordre public, qui s'opposait à ce que la juridiction saisie d'un recours pour excès de pouvoir puisse le juger si une autre action juridictionnelle permettait de neutraliser les effets de l'acte incriminé. Mais, depuis semble-t-il la thèse de M. Guillien (32), la doctrine a perçu que cette fin de non-recevoir n'avait pas d'existence autonome réelle et se confondait soit avec les règles de la compétence, soit avec celles résultant de la distinction des contentieux (33).

Si le litige créé par l'acte n'est pas de la compétence du juge de l'excès de pouvoir, il est inutile de faire appel à l'exception; les solutions découlent normalement des règles posées par le législateur ou la jurisprudence. Il faut seulement réserver l'hypothèse des opérations complexes dont l'acte administratif n'est qu'un des éléments, élément que le Conseil d'Etat consent à considérer comme suffisamment individualisé pour être attaqué isolément. Sinon, la jurisprudence des rapports de droit créés s'applique normalement et le juge compétent pour connaître de ces rapports appréciera la régularité de la décision critiquée, sous réserve du recours en appréciation de validité qui peut se révéler nécessaire.

Si en revanche le litige est de la compétence du juge de l'excès de pouvoir, l'exception est encore inutile. Ou bien elle est éliminée; c'est le cas par exemple en ce qui concerne le contentieux des

(31) ODENT, p. 122.

(32) *L'exception de recours parallèle. Distinction des contentieux, compétence juridictionnelle et recevabilité en doctrine et en jurisprudence administrative*, Sirey, éd., 1934.

(33) Pour une formulation particulièrement nette, cf. LIET-VEAUX, *Jurisclasseur administratif*, fascicule 655, n° 40.

soldes et traitements des fonctionnaires (34) et le cas des actes considérés comme détachables. Ou bien, les conséquences du principe de la distinction des contentieux aboutissent à rendre irrecevable le recours pour excès de pouvoir. Nul besoin d'exception en ce cas : si le juge doit faire usage des pouvoirs les plus étendus pour résoudre le litige dont il est saisi, la voie de l'excès de pouvoir est fermée au requérant. Est-ce à dire que par une seule ligne nous nous rallions sans réserve et sans explication à une formule de la distinction des contentieux fondée sur la seule analyse des pouvoirs de la juridiction saisie ? Certes non. Mais le problème de la distinction des contentieux nous paraît si important pour notre sujet que nous lui consacrerons des développements particuliers, en recherchant si la notion de partie en cause au recours pour excès de pouvoir est différente de la notion de partie au plein contentieux.

(34) Lafage, 8 mars 1912, R. 348; cf. *infra*, chap. III.

CHAPITRE II

LE DEFENDEUR AU RECOURS POUR EXCES DE POUVOIR

« L'une des questions ouvertes de notre droit administratif dans la matière de l'excès de pouvoir est certainement celle de savoir jusqu'à quel point un acte accompli par une autorité administrative dans la mesure de ses attributions est sa chose, jusqu'à quel point les attributions en vertu desquelles elle a conféré force exécutoire à cet acte sont ses prérogatives, et, par suite, jusqu'à quel point le fait qu'elle a accompli un acte et qu'ensuite cet acte a été annulé par l'administration supérieure lui donne intérêt légitime à intenter le recours pour excès de pouvoir contre l'arrêté ou le décret d'anulation » (1) ; on pourrait ajouter « et à défendre son acte contre la partie qui l'attaque ».

Il est en effet admis depuis longtemps qu'une personne administrative puisse être demandeur en excès de pouvoir (2). Mais peut-on en déduire que rien ne s'oppose à ce qu'elle se trouve en position de défendeur (3), pour défendre contre un particulier qui l'attaque l'acte qu'elle peut défendre contre une autorité supérieure qui l'avait annulé ? C'est la deuxième face de la même question : l'acte administratif d'une autorité quelconque reste-t-il

(1) Note HAURIOU, sous Maire de Néris-les-Bains, 7 juin 19022, S. 1902-3-81.
(2) Cf. *infra*, titre II, chap. I[er].
(3) S'il existe un défendeur, il faut noter qu'il ne peut s'agir que d'une personne publique.

« sa » chose ? De façon assez étonnante, la réponse est ici traditionnellement négative : il n'y a pas de défendeur dans une action en excès de pouvoir parce que le recours pour excès de pouvoir est un procès fait à un acte.

Sans entrer dans le détail, il faut brièvement exposer l'histoire du recours pour excès de pouvoir. Il serait en effet difficile de comprendre quelle est actuellement la position juridique de l'administration quand un de ses actes est attaqué pour excès de pouvoir sans tenir compte de l'évolution qui s'est produite. Cette évolution a été maintes fois retracée (4), tant pour les conditions de recevabilité que pour les cas d'ouverture. Le point qui nous occupe ici est de savoir quelle a été l'attitude de l'administration face au recours pour excès de pouvoir qui ouvrait un large contrôle sur son action ; et de montrer que l'hésitation à lui reconnaître la qualité de partie provient davantage d'une tradition qu'elle a largement contribué à former que d'un examen du donné légal et jurisprudentiel.

Nous essaierons de le montrer en retraçant la double évolution qui nous semble caractéristique. Partant d'une idée très simple et qui semble bien correspondre à la réalité : « l'administration ne doit pas et ne veut pas être jugée », il est en effet possible de montrer dans une première section comment elle atteignit d'abord son but en faisant prévaloir la thèse suivant laquelle le recours pour excès de pouvoir n'était qu'un recours hiérarchique. Mais, ce recours devenant pleinement contentieux à partir de 1900, elle regagna sur un second terrain les positions perdues sur le premier; une seconde section retracera ses efforts pour faire prévaloir l'idée que le recours pour excès de pouvoir est un « procès fait à un acte », purement objectif, un simple contrôle de régularité et non un véritable procès. Le partage de responsabilité, si l'on peut dire, entre le Conseil d'Etat et l'administration, est difficile à établir ; heureusement, il ne nous importe que très secondairement, l'essentiel dans ce chapitre étant de montrer comment le recours pour excès de pouvoir a évolué progressivement.

Section I

LE RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR EST-IL UN RECOURS HIÉRARCHIQUE ?

Il est généralement reconnu aujourd'hui que le recours pour excès de pouvoir n'est pas un recours hiérarchique. Pourtant,

(4) Cf. notamment, Landon, *Aux sources du recours pour excès de pouvoir*, thèse Paris, 1942 ; Imbert, *L'évolution du recours pour excès de pouvoir*, thèse Paris, 1952.

nous croyons utile de montrer qu'il est né avec ce caractère et comment il l'a perdu. Un certain nombre de solutions actuelles proviennent en effet de la mentalité répandue pendant plus d'un siècle sur ce sujet.

§ 1. — Il l'a été.

La naissance même du recours pour excès de pouvoir ne coïncide pas avec celle du Conseil d'Etat dans sa forme moderne. C'est en effet en 1818 seulement, soit près de dix-neuf ans après, que fut rendue la décision de principe Egret-Thomassin (5) déclarant : « C'est devant nous et en notre Conseil d'Etat que doivent être déférés les actes administratifs attaqués pour incompétence et excès de pouvoir ». Cet arrêt de principe semble se situer au confluent de deux courants jurisprudentiels. Le premier, signalé par Laferrière (6), résultait de la jurisprudence établie depuis 1807 au sujet des empiètements commis par un administrateur sur les prérogatives de la fonctions judiciaire, d'autres administrateurs ou de juridictions administratives ; le Conseil d'Etat accueillait les demandes ainsi fondées et leur faisait droit. La décision précitée apparaît donc comme la formulation quasi doctrinale d'une position établie depuis longtemps. Le second courant était encore à son début : il s'agit de la fameuse théorie du ministre juge. En effet, devenu suspect après 1815 et menacé jusque dans son existence (7), le Conseil d'Etat dut transformer sa juridiction en juridiction d'appel et laisser le ministre se constituer juge de droit commun du contentieux administratif, tout au moins du contentieux général. Il n'y avait d'exception, et le principe en est précisément posé par l'arrêt Egret-Thomassin, que pour le contentieux de l'excès de pouvoir. Ce nouveau venu allait prendre très vite une certaine autonomie par rapport aux recours contentieux ordinaires. Il faut, pour présenter cette évolution, distinguer plusieurs périodes au caractère assez nettement distincts (8).

1. — Dans une première période qui va de 1818 à 1852, le Conseil d'Etat est « le redresseur des torts les plus criants ; sa juridiction reste axée sur la conception du scandale » (9) parce que « c'est un principe constant qu'il n'y a pas de plus grand défaut

(5) 18 novembre 1818, R. 424.

(6) T. II, p. 407.

(7) Léonardi, *Le Conseil d'Etat sous la Restauration*, thèse Paris, 1909.

(8) Distinction empruntée à M. Landon dont la remarquable thèse fait autorité.

(9) Landon, thèse, p. 20.

que le défaut de pouvoir » (10). L'idée qui commande les solutions est donc que l'irrégularité incluse dans certains actes est trop flagrante pour ne pas appeler une répression du chef de l'administration quand elle lui est dénoncée. Car c'est le chef suprême de l'administration, le roi, qui rend en droit les décisions que le Conseil lui prépare. Cette interprétation résulte d'abord du fait que le Conseil d'Etat n'avait à cette époque que la justice retenue ; même si l'on ne cite pas de cas où le roi n'ait adopté les projets qu'il lui soumettait (11), le Conseil d'Etat n'était en principe qu'un donneur d'avis. Elle résulte aussi du visa de la loi des 7-14 octobre 1790. Ce texte de circonstance intervenu pour régler des contestations intervenues entre le Directoire du département de la Haute-Saône et la ville de Gray au sujet d'une route royale traversant cette ville, disposait : « Les réclamations d'incompétence à l'égard des corps administratifs sont portées au roi, chef de l'administration générale. » Il fut invoqué pour la première fois en 1832 (12) par le Conseil d'Etat, sans doute pour justifier sa juridiction par un fondement législatif ajoutant au prestige que lui avaient apporté les ordonnances des 2 février et 12 mars 1831 en prévoyant la publicité de ses décisions, le caractère contradictoire de ses débats, l'exclusion des administrateurs actifs de ses formations contentieuses.

Pendant cette période, le Conseil d'Etat prépare les arrêts que rendra le roi en traitant le recours pour excès de pouvoir comme un recours hiérarchique. Le roi en effet réunit en ses mains le pouvoir sur l'administration active et sur les juridictions administratives ; il est le supérieur hiérarchique commun des fonctionnaires appartenant aux deux branches. Et il ne fait sentir sa censure que dans la mesure où le caractère énorme du vice relevé appelle de sa part une intervention énergique (théorie du scandale). Seulement, comme le dit M. Landon, « le grief et la voie ne sont pas encore dissociés » (13). Certes l'excès de pouvoir est déjà plus qu'une épithète ; sous ce nom en effet sont déjà sanctionnées l'incompétence et la violation de la chose jugée ; parfois, mais seulement dans certaines matières, la violation de la loi et la violation des formes substantielles. Mais il n'a pas encore donné naissance au recours pour excès de pouvoir proprement dit ; le « recours au Conseil » est en effet possible dans tous les cas

(10) Bruher (1er mars 1814) ; arrêt rendu avant 1818, mais qui est révélateur de l'état d'esprit qui animait le Conseil.
(11) Cf. conclusions Aucoc, sous Bizet, D. 1869-3-74.
(12) Garde Nationale de Paris, 5 juillet 1832, R. 382.
(13) Thèse, p. 72.

d'excès de pouvoir, qu'il s'agisse d'un recours contre une décision d'autorité administrative, de l'administration active, de l'administration délibérante ou même, ce qui est remarquable, des juridictions administratives : Cour des comptes, Conseil de l'Université, Jurys de révision de la Garde Nationale, Conseils de Préfecture, etc... ; et il est possible contre tout acte, même s'il s'agit d'un contrat. De plus, le recours pour excès de pouvoir ne s'individualise pas vraiment à l'intérieur du contentieux administratif ; aucune caractéristique technique ne le différencie : l'effet de la chose jugée est relatif, l'administration défend l'acte entrepris à titre de plaideur, les tiers intéressés sont reçus à former opposition s'ils ont fait défaut. Il apparaît donc certain que le moyen d'excès de pouvoir n'est en rien mis en œuvre par une procédure spéciale et ne produit aucun effet particulier.

A la fin de cette période, un point peut donc être considéré comme acquis : quand un membre de l'administration commet un excès de pouvoir particulièrement scandaleux, le Conseil d'Etat peut en être saisi au nom du roi. Dans ce cas, il le casse, éventuellement le réforme s'il l'estime opportun. Exactement comme ferait un supérieur hiérarchique ; c'est d'ailleurs ce que laisse supposer le visa de la loi des 7-14 octobre 1790. Après le bref intermède de la Seconde République (14), trop court pour qu'on puisse en tirer des conclusions, commence une seconde période, assez distincte de la première pour qu'il faille marquer la distinction.

2. — De 1852 à 1870, en effet, le Conseil d'Etat abandonna ses premières positions et appliqua ce que M. Landon appelle la « théorie de la régulation » (15). Pour compenser la suppression des libertés publiques, le second Empire voulut en effet que le fonctionnement de l'administration se révèle, sinon sans défaut, du moins sans abus. Dès lors, le recours pour excès de pouvoir allait vivre sa phase de développement, servant à réprimer, non plus seulement les irrégularités choquantes qui soulèvent la réprobation, mais aussi les erreurs plus bénignes qui suscitent d'autant plus l'énervement que le droit de pétition a été supprimé. Les occasions abondaient : en effet, les décrets des 25 mars 1852 et 13 avril 1861 avaient opéré une importante déconcentration au profit des autorités locales (préfets) ; Haussmann, préfet de la Seine de 1853 à 1870, menait une politique dynamique : les mécon-

(14) Il y reçut la justice déléguée de la loi du 3 mars 1849 au décret du 25 janvier 1872.

(15) LANDON, thèse, p. 95.

tents allaient être nombreux (16). Pour leur accorder la sanction des droits qui les protègent dans leurs rapports avec l'administration et permettre ainsi le jeu de la « soupape de sûreté du régime » (17), on leur offrit d'ailleurs le 2 novembre 1864 la gratuité du recours après que les conclusions de Robert demandant cette réforme eurent été insérées au *Moniteur,* fait sans précédent (18). Cette nouvelle orientation du recours permettait à l'empereur de ne pas se voir imputer des injustices ou des vexations puisqu'il existait un moyen de les faire annuler. L'effet devait d'ailleurs être immédiat, le nombre des recours pour excès de pouvoir passant de quarante-quatre en cinq ans sous la Monarchie de Juillet à soixante par an en 1860 et plus de cent vingt à la fin de l'Empire. Cette augmentation du nombre des affaires à juger allait permettre au Conseil d'Etat d'affiner la technique du recours et d'en préciser le caractère.

Apparaissant comme un appel à la légalité dans l'intérêt des administrés en vue de leur protection directe contre les abus d'une administration centralisée, le recours pour excès de pouvoir allait d'abord permettre de sanctionner toutes les défaillances des administrations au regard de leurs obligations professionnelles. Après l'incompétence, le vice de forme est admis de façon générale (19), le Conseil d'Etat se reconnaissant toutefois une grande liberté d'appréciation. Surtout, la Haute Juridiction admit que la violation d'un droit acquis pouvait être censurée si elle s'accompagnait d'une violation de la loi (20) ; certes ce moyen demeurait exclu en certaines matières (21) et limité à la justification d'un droit acquis. Il n'en reste pas moins que le progrès était considérable : le Conseil d'Etat acceptait en effet de faire porter son contrôle sur la légalité interne des décisions administratives. C'était d'autant plus remarquable que la légalité dont le Conseil d'Etat sanctionnait la violation comprenait toutes dispositions juridiques obligatoires (même les contrats), avec cependant une tendance à exclure

(16) Cf. Laferrière : « Si paradoxale que cette proposition puisse paraître, on peut dire que les préfets de l'Empire, et spécialement le préfet de la Seine, furent les promoteurs principaux, quoiqu'involontaires, de toute une jurisprudence nouvelle en matière d'excès de pouvoir », in *Revue critique de législation et de jurisprudence,* 1876, p. 326.

(17) L'expression est d'Aucoc, conclusions sous Bizet, 13 mars 1867, R. 27.

(18) Rapporté au *Lebon,* p. 680; conclusions sous Académie des Beaux-Arts, 21 juillet 1864.

(19) Dumoutier, 14 juin 1852.

(20) Bizet, 13 mars 1867, R. 271.

(21) Décisions des conseils de révision, des jurys de révision de la garde nationale, des conseils de recensement, juridictions dont la loi prévoyait qu'elles statuaient de façon définitive.

les éléments de caractère subjectif à partir de 1865. Dans le même temps, par concrétisation d'une jurisprudence antérieure, le détournement de pouvoir était admis par un arrêt Lesbats (22). Enfin, pendant cette période, le Conseil d'Etat développe son contrôle sur les faits pour donner à la violation de la loi et au détournement de pouvoir leur plein effet ; il va même jusqu'à prononcer une annulation pour cause juridique inexistante (23). Cette amélioration des modalités du contrôle effectué par le Conseil d'Etat eut pour conséquence de faire disparaître la notion « d'actes de pure administration », c'est-à-dire d'actes générateurs d'un grief ne pouvant s'exprimer que dans la hiérarchie de l'administration active ; cette notion allait toutefois réapparaître sous la forme de « pouvoir discrétionnaire », promise à un bel avenir et que nous retrouverons. Ainsi, et même si elles sont encore mal « rodées », les ouvertures modernes du recours sont connues à la fin de la période qui expire en 1872.

En revanche, le recours pour excès de pouvoir ne s'est toujours pas dépouillé du caractère hiérarchique qui était le sien à sa naissance. Non seulement le Conseil d'Etat se contente de préparer les arrêts que le roi signe, mais il paraît même rechercher dans sa participation à l'autorité du chef de l'Etat un appui moral qu'il pensait sans doute nécessaire en face d'administrateurs fort jaloux de leurs prérogatives. Son contrôle d'ailleurs continuait de s'apparenter assez largement à celui d'un supérieur hiérarchique puisque, dans le cadre des ouvertures peu à peu créées, il censurait les décisions juridictionnelles sans distinguer le recours pour excès de pouvoir du recours en cassation, qu'il admettait que les contrats constituaient aussi bien une cause qu'un moyen d'excès de pouvoir, qu'il vérifiait la compétence en matières d'actes de gouvernement ; surtout parce que ses pouvoirs n'étaient pas limités à l'annulation des décisions attaquées : il s'accordait très largement de les réformer. Il faut d'ailleurs noter que le Conseil qui jouissait, au nom du roi, des pouvoirs les plus larges, en usait avec précaution.

Mais, ce qui est fort important, c'est que, de 1852 à 1872, l'excès de pouvoir a cessé d'être seulement un moyen de nature à ouvrir le « recours au Conseil ». Il est devenu un moyen susceptible de s'exprimer suivant des modalités qui lui sont propres ; en d'autres termes, il a donné naissance au recours pour excès de pouvoir. La condition de recours parallèle qui est exigée à partir

(22) Lesbats, 25 février 1864.
(23) Maréchal, 8 août 1865.

de l'arrêt Larbaud (24), la condition de délai (dont il est vrai que le Conseil souligne rarement le caractère d'ordre public, se conduisant ici encore en supérieur hiérarchique), l'exigence d'un intérêt (d'un droit en cas de violation de la loi), en sont quelques preuves parmi d'autres. La voie s'est donc dissociée du grief, tout au moins en principe. Il ne reste plus grand chose à faire pour que le recours en excès de pouvoir acquière la physionomie que nous lui connaissons. Gardera-t-il ce faisant le caractère hiérarchique qui avait permis sa naissance et favorisé sa croissance ? C'est ce qu'il faut voir maintenant.

§ 2. — Il ne l'est plus.

La loi du 24 mai 1872 disposait, dans son article 9 : « Le Conseil d'Etat statue souverainement sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoir formées contre les actes des diverses autorités administratives », formule reprise par l'article 28 de la loi du 18 décembre 1940 et l'article 32 de l'ordonnance du 31 juillet 1945. C'était revenir, de façon définitive cette fois, au système de la justice déléguée utilisé pour la première fois sous la Deuxième République. Désormais, le Conseil d'Etat est un véritable juge ; il se considère d'ailleurs comme tel, rendant ses arrêts « au nom du peuple français », et déclarant expressément qu'il statue « au contentieux » (25). Cette nouvelle situation ne pouvait rester sans influence sur la nature du recours pour excès de pouvoir qui, porté désormais devant un juge, devait logiquement acquérir le caractère juridictionnel ; par voie de conséquence elle devait également influer sur la position de l'administration face au Conseil d'Etat.

1. — Le recours pour excès de pouvoir est devenu un recours pleinement contentieux.

L'évolution s'est marquée à cet égard sur un double plan : celui de son domaine d'application, celui de sa procédure. Dans ces deux domaines, il s'est distingué nettement d'un recours hiérarchique.

a) En ce qui concerne son domaine d'application, deux conditions sont peu à peu exigées, qui limitent la possibilité d'intenter le recours et contribuent ainsi à l'isoler nettement parmi les autres voies offertes aux citoyens, notamment le recours hiérarchique.

(24) Larbaud, 26 décembre 1862.

(25) Deux exceptions négligeables : c'est le chef de l'Etat qui statue personnellement en matière de prises maritimes, sur avis du Conseil des Prises ; c'est par décret en Conseil d'Etat que sont annulées les délibérations des Conseils généraux contraires à la loi.

La première d'entre elles concerne la nature de l'acte attaqué. Il faut désormais qu'il s'agisse d'une décision administrative unilatérale faisant grief. Pour arriver à cette formulation, il fallut d'abord distinguer le recours des autres procédures juridictionnelles. Pour le recours en cassation, ce fut l'œuvre de Laferrière (26), préparée il est vrai par Foucart (27). A la suite de son œuvre doctrinale en effet, « le recours pour excès de pouvoir se détache du rameau commun de la cassation » (28) : d'une part les ouvertures du recours en cassation sont d'abord restreintes à l'incompétence et au vice de forme (29), la violation de la loi n'y apparaissant définitivement qu'en 1913 (30), le détournement de pouvoir n'étant toujours pas admis (31) ; d'autre part, l'autorité de la chose jugée en cassation est limitée au litige en cours et ne produit pas l'effet *erga omnes* du recours pour excès de pouvoir. Pour l'appel, il suffit d'appliquer la jurisprudence déjà ancienne (32) refusant aux décisions des administrateurs actifs le caractère d'actes de juridiction (33) ; après 1872, on constate que les arrêts rendus sur recours formés contre les décisions rendues par des conseils de préfecture ne comportent plus de références à la loi des 7-14 octobre 1790 toujours visée dans les cas de recours pour excès de pouvoir, et que les arrêts des conseils de préfecture ne peuvent jamais être déférés au Conseil d'Etat sans le ministère d'un avocat, même si elles ne sont attaquées que pour « incompétence et excès de pouvoir » (34). Irrecevable contre les actes juridictionnels, le recours pour excès de pouvoir le devient également contre les contrats (35). En revanche, il devient possible d'attaquer le silence de l'administration (36) et plus généralement tous les actes accomplis par l'autorité administrative dans l'exercice de ses attributions. Sont pourtant inattaquables les décisions qui

(26) T. II, pp. 394 et 575.

(27) « Le Conseil d'Etat statue comme la Cour de cassation, en annulant pour incompétence, excès de pouvoir, vice de forme, violation de la loi, les décisions contentieuses, en dernier ressort émanées de juges administratifs. » *Eléments de droit public*, 4e édition, p. 753, cité par Dupuy, in « Le pourvoi en cassation et la dualité du contentieux de l'annulation », R.D.P. 1950, p. 510.

(28) Dupuy, *op. cit.*, p. 508.

(29) Passerat, 13 novembre 1885, R. 837.

(30) Téry, 20 juin 1913, R. 736.

(31) Abbé Giloteaux, 6 mars 1953, R. 117 (concl. Chardeau).

(32) Laurent, 8 avril 1852, R. 88; Illiers, 26 juillet 1855, R. 558.

(33) Rappelons que la théorie du ministre juge ne concerne que le plein contentieux et que le recours pour excès de pouvoir y est précisément une exception ; *supra*, p. 73.

(34) Laferrière, T. II, p. 579.

(35) Levieux, 19 mai 1899; Galhum, 16 janvier 1885, R. 63.

(36) Loi du 7 juillet 1900.

ne sont pas exécutoires : instructions de service (37), mesures préparatoires (38), etc... Le Conseil d'Etat se montre à cet égard plus strict que sous le Second Empire. La réserve est capitale car elle démontre bien que « le recours pour excès de pouvoir ne saurait être un simple procès de tendance », par conséquent qu'il n'a plus rien d'un recours hiérarchique ; un recours de ce type peut en effet être dirigé contre n'importe quelle décision de l'administration (39).

La seconde condition exigée concerne la qualité du requérant. Alors en effet que les recours administratifs en général et le recours hiérarchique en particulier ne sont soumis à aucune condition de capacité ou d'intérêt (40), le recours pour excès de pouvoir n'est recevable qu'à la condition pour le requérant de justifier d'une certaine qualité. Après 1872, la condition se confirme et se précise. Certes, elle s'éloigne de plus en plus de « l'intérêt ayant à un degré quelconque ce caractère privatif et personnel qui apparaît au plus haut point dans le droit de propriété » (41), mais le seul fait qu'elle existe est un critère du fait que le recours acquiert le caractère juridictionnel. Ce point est d'ailleurs beaucoup plus manifeste encore au point de vue de la procédure suivant laquelle est jugé le recours.

b) En ce qui concerne la procédure en effet, le caractère contentieux du recours pour excès de pouvoir ne tarde pas à se manifester largement, que l'on envisage les délais du recours ou l'étendue des pouvoirs du juge à l'égard de l'administration.

Le Conseil d'Etat renforce d'abord le caractère obligatoire du délai dans lequel il est nécessaire d'intenter le recours. Il commence par généraliser l'application d'un délai limité en supprimant les délais indéfiniment ouverts. Par l'arrêt Bansais (42), il revint en effet sur une jurisprudence antérieure en décidant que le recours hiérarchique ne conserve la possibilité du recours pour excès de pouvoir qu'à la condition d'être lui-même intenté dans le délai du recours contentieux. Même s'il assouplit ultérieurement sa jurisprudence, admettant par exemple que la demande d'assistance

(37) Ville de l'Anthier, 15 mars 1889, R. 366.
(38) Dame Amaud, 9 décembre 1879, R. 801.
(39) Auby, « Les recours administratifs », A.J. 1955-1-117.
(40) *Id.*
(41) Robert, conclusions précitées, p. 685.
(42) Bansais, 13 avril 1881, S. 1882-3-29 (concl. Levavasseur de Précourt). Les circonstances étaient particulièrement favorables, puisque le requérant avait utilisé en 1879 le recours hiérarchique contre une décision datant de... 1831 !

judiciaire (43) et le recours gracieux (44) peuvent interrompre le délai, le principe était posé qu'en tous les cas le recours pour excès de pouvoir doit être intenté dans un délai de trois mois (45). Il durcit ensuite sa position dans l'examen du point de départ à prendre en considération pour le calcul du délai; abandonnant une jurisprudence qui allait jusqu'à envisager le jour de la mise à exécution de l'acte (46), il s'attache en effet au jour où le requérant a eu officiellement connaissance de l'acte, par notification (47) ou publication (48). Enfin, il reconnaît formellement le caractère d'ordre public du délai en opposant la déchéance résultant de son expiration quoique le ministre ait conclu au fond (49).

De plus, et ceci est sans doute encore plus caractéristique, le Conseil d'Etat limite ses pouvoirs à l'annulation de l'acte entrepris devant lui pour excès de pouvoir. Il ne se reconnaît pas le droit de substituer un acte légal à l'acte irrégulier (50), pour ne pas empiéter sur le domaine réservé à l'administration active; il refuse d'amender ou de rectifier la décision attaquée, s'accordant tout au plus la possibilité d'annulations partielles (51). Sa réserve va même, pendant les années qui suivent la réforme de 1872, jusqu'à renoncer aux renvois « pour faire ce que de droit » (52); la technique n'en sera établie que lorsqu'il cherchera à donner à ses décisions une plus grande efficacité pratique. Cette attitude est absolument incompatible avec celle qu'aurait un supérieur hiérarchique, libre de décider ce qu'il veut au sujet des actes de ses subordonnés qui lui sont soumis. Quels que soient les avantages d'indépendance qui en résultent pour l'administration, la conséquence était que cette dernière était soumise à un juge. Or, il semble que l'on n'ait voulu à aucun prix de cette conséquence.

2. — On hésite a considérer l'administration comme un justiciable

Ce qui aurait pourtant été normal à partir du moment où le Conseil d'Etat devenait officiellement une juridiction et connaissait des excès de pouvoir en tant que juge.

(43) Bassac et Desprès, 6 août 1914, R. 282.
(44) Marchelli, 12 janvier 1917, R. 42.
(45) Réduit à deux mois par la loi du 7 juillet 1900.
(46) Cf. thèse Landon, p. 192.
(47) Chambre syndicale des entrepreneurs de voitures de place, 9 août 1893, R. 677.
(48) Albrecht, 30 avril 1880, R. 422.
(49) Le Marois, 24 janvier 1879, R. 49.
(50) Chaland, 25 juin 1880, R. 594.
(51) Ville de Marseille, 12 février 1875, R. 128.
(52) Ville d'Alger, 22 janvier 1875, R. 61.

Ces hésitations se sont d'abord traduites par une assez curieuse théorie suivant laquelle le recours pour excès de pouvoir n'aurait été ouvert qu'à titre subsidiaire, étant irrecevable toutes les fois qu'une action parallèle et directe donnait le moyen d'éviter toute conséquence fâcheuse de l'acte incriminé. Cette « justification » de la théorie du recours parallèle par le caractère subsidiaire du recours pour excès de pouvoir provenait de l'origine hiérarchique du recours. « Le recours pour excès de pouvoir est un recours gracieux qui a pris forme de pourvoi juridictionnel. Dans ces conditions, il est tout à fait explicable qu'un tel pourvoi n'ait été admis qu'autant qu'il n'y avait, pour obtenir protection, aucun moyen juridictionnel normal » (53). Pichat en fit justice dans ses conclusions sous l'arrêt Lafage (54), demandant avec succès au Conseil d'Etat de « ne pas réduire... le recours pour excès de pouvoir à n'être qu'une voie exceptionnelle, subsidiaire, ouverte seulement à défaut de toute autre action, et (de) lui donner, au contraire, le moyen de remplir le rôle qu'ont entendu lui assigner ceux qui l'ont créé, d'un instrument mis à la portée de tous pour la défense de la légalité méconnue. » La jurisprudence ultérieure devait d'ailleurs consacrer la diminution d'importance de la théorie du recours parallèle (55), et surtout le caractère de droit commun du recours pour excès de pouvoir, ouvert même sans texte contre toute décision d'une autorité administrative (56) ; et nul ne songerait actuellement à présenter le recours pour excès de pouvoir comme une voie de droit subsidiaire. Mais le fait que cette conception ait prévalu un certain temps nous semble très caractéristique d'un état d'esprit qui admettait mal que l'administration fût soumise au contrôle d'un juge, même spécial, quand elle agissait dans le cadre de ses prérogatives de puissance publique. Cet appel aux origines et à l'aspect hiérarchique du recours pour excès de pouvoir était déjà révélateur.

Mais il y eut plus, et M. Ladreit de Lacharrière n'hésita pas, dans une thèse d'ailleurs remarquable, à généraliser le problème en présentant « Le contrôle hiérarchique de l'administration en la forme juridictionnelle » (57). Teyssier pour sa part avait déclaré

---

(53) Barthélémy, *Droit administratif*, 7e édition, 1913, p. 967.

(54) 8 mars 1912, R. 348.

(55) Cf. *supra*, p. 69.

(56) Dame Lamotte, R.D.P. 1951, p. 478, conclusions Delvolvé; Falco et Vidaillac, R.D.P. 1953, p. 148 (Donnedieu de Vabres), S. 1953-3-33 (Mathiot), J.C.P. 1953-II-7598 (Vedel), D. 1953-683 (Eisenmann), *Revue administrative*. 1953-265 (Liet-Veaux).

(57) Ladreit de Lacharrière, thèse, Paris, 1937.

en Conseil d'Etat : « Il faut bien le reconnaître, votre mission apparaît plus comme un contrôle administratif supérieur, exercé *a posteriori* en la forme judiciaire, que comme un contentieux à proprement parler » (58). Plus récemment, une chronique au Dalloz se terminait par ces mots : « ... les prérogatives de la Haute Assemblée, ses prérogatives de juge ou, disons le mot puisqu'à notre sens il explique tout, ses prérogatives de supérieur hiérarchique » (59). Ces auteurs ne s'attachent pas seulement à l'origine historique du recours; ce qui semble fonder leur position, c'est le fait que d'une part « beaucoup de décisions prises par le Conseil d'Etat ont le caractère de directives données par un chef à ses subordonnés », et que, d'autre part, « le Conseil d'Etat se comporte encore comme un administrateur en s'engageant parfois sur le terrain de l'illégalité nécessaire » (60). Sans méconnaître la valeur de ces constatations, au contraire, on peut faire remarquer qu'il serait aussi bien possible d'expliquer la première en reconnaissant que le Conseil d'Etat a tous les pouvoirs d'un juge, et la seconde en admettant que le contentieux de l'excès de pouvoir est, au fond, largement subjectif (61). On peut également faire remarquer que l'effet *erga omnes* des décisions rendues sur excès de pouvoir, s'il s'explique historiquement par l'origine hiérarchique du recours (62), doit se justifier beaucoup plus rationnellement et plus juridiquement (63). Mais l'explication des règles suivies en matière d'excès de pouvoir par le fait qu'il s'agit d'un recours hiérarchique présente le grand avantage de poser des limites de fait à une évolution que la nature contentieuse du recours rendrait pourtant inévitable et, surtout sans doute, de « dorer la pilule » à l'administration et de donner bonne conscience au Conseil d'Etat. Il semble en effet certain que l'un comme l'autre éprouvent une vive répugnance à traiter le litige ouvert par le recours pour excès de pouvoir comme un procès ordinaire.

Le symbole de cette double attitude est peut-être le fait que le Conseil d'Etat, suivant en cela la doctrine, se soit rallié en

(58) Conclusions sous Marc, 3 juin 1908, S. 1909-3-113. *Adde :* les conclusions de Chardenet (abbé Olivier, D. 1910-3-21) et Corneille (Baldy, 10 août 1917, R. 640).

(59) P.-L. Lucas, D. 1957, chr., 115 : « Recours pour excès de pouvoir et double degré de juridiction. »

(60) Ladreit de Lacharrière, *op. cit.*, p. 3.

(61) C'est ce que nous essaierons de montrer en deuxième partie.

(62) Laferrière, T. II, p. 574.

(63) Weil, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir,* thèse Paris, 1952, pp. 19 et suiv.

1891 (64) à l'orthographe « excès de pouvoir » (sans s) alors que la loi du 24 mai 1872 parlait d'excès de pouvoirs (avec un s). Cette transformation, pour minime qu'elle soit, montre en effet que l'attitude de tel ou tel administrateur excédant à tort ses pouvoirs compte moins désormais que la notion plus générale d'un pouvoir administratif. Et s'il était possible de « juger » des administrateurs et leurs actes, le Conseil d'Etat ne pouvait plus guère que « contrôler » l'exercice du pouvoir administratif. N'oublions pas en effet que la démocratie française est loin d'accorder au pouvoir judiciaire la place que réclamait pour lui Montesquieu. Le rôle du Conseil d'Etat ne s'en est pas pour autant amenuisé; au contraire, sa jurisprudence soumit peu à peu l'administration à une série de normes et de principes aussi libéraux que le permettait la situation politique et sociale. Mais, ce qui est essentiel pour notre sujet, c'est que pendant fort longtemps l'administration s'est cantonnée dans une attitude qui interdisait au Conseil d'Etat d'utiliser à plein ses pouvoirs de juge : résistance à l'autorité de la chose jugée notamment (65), mais aussi refus d'effet suspensif à l'action en excès de pouvoir, prétention à une marge de pouvoir discrétionnaire très étendue (66), refus au Conseil d'Etat du droit, et souvent de la possibilité, de contrôler les faits. Une conséquence qui semble résulter de cette attitude adoptée par l'administration est que le Conseil d'Etat étendit son contrôle en quelque sorte « timidement », hésitant devant les revirements de jurisprudence, et surtout renonçant à motiver ses arrêts pour ne pas formuler dans des considérants trop développés une condamnation formelle de l'administration (67). La justification de cette position, adoptée sans doute de façon assez inconsciente, se trouva très tôt renforcée par la théorie suivant laquelle le recours pour excès de pouvoir ne serait pas un litige entre parties mais un procès fait à un acte. C'est elle dont il faut maintenant examiner la portée et la justesse.

Section II

LE RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR EST-IL UN PROCES FAIT A UN ACTE ?

C'est Laferrière qui le premier formula cette conception : « Le recours pour excès de pouvoir n'est pas un procès fait à une partie,

(64) Ville d'Angers, 19 juin 1891, cité par Laferrière, T. II, p. 396.

(65) Weil, thèse précitée, pp. 58 et suiv.

(66) Le point culminant de ces prétentions se trouve dans les circonstances de fait du fameux arrêt Barel.

(67) Cf. Kahn, conclusions sous Ainardi, 20 octobre 1956, A.J. 1957-2-98 : « Le problème étant d'assurer le respect de la loi sans abaisser l'administration. »

c'est un procès fait à un acte... Il suit de là que si, dans la procédure d'excès de pouvoir il y a un demandeur, il n'y a pas à proprement parler de défendeur... A défaut de défendeur, il y aura donc un ou plusieurs défenseurs de l'acte » (68). On ne saurait être plus net. Pourtant, sur le double plan juridique et psychologique, il nous semble que le recours pour excès de pouvoir a cessé d'être un procès fait à un acte.

§ 1. — Sur le plan juridique.

On présente généralement la notion de « procès fait à un acte » sous une forme légèrement différente, en disant que le recours pour excès de pouvoir donne lieu à un contentieux objectif. Il n'est bien entendu pas question d'aborder ici le problème de la distinction des contentieux qui, à vrai dire, est l'objet de ce travail tout entier; nous voulons seulement montrer que, si la première position du Conseil d'Etat et la prestigieuse autorité de Laferrière ont pu légitimement accréditer la croyance au fait que l'administration ne défendait pas à l'excès de pouvoir, l'évolution législative et jurisprudentielle nous semble avoir profondément modifié cette situation.

1° L'idée que l'administration est appelée à défendre l'acte qui fait l'objet d'un recours pour excès de pouvoir sans être pourtant une partie, sans avoir la qualité de défendeur, s'est d'abord exprimée dans une première remarque : l'administration n'est pas appelée à participer aux débats par une ordonnance de soit communiqué mais par une simple communication effectuée par la voie administrative. Le recours pour excès de pouvoir « constitue un procès dirigé contre un acte et non contre des personnes; c'est une action intentée contre la puissance publique; dès lors il n'y a pas de défendeur dans l'instance, il n'y a pas de débat contradictoire: c'est le ministre intéressé qui représente le service public, qui défend l'acte attaqué.. La conséquence de cette situation qui caractérise le recours pour excès de pouvoir et le distingue nettement du recours par la voie contentieuse, c'est que ni les particuliers, ni les représentants de la puissance publique ne sont assignés dans l'instance au moyen d'ordonnances de soit communiqué, comme dans la procédure ordinaire, mais par de simples communications administratives; et d'autre part il n'est pas contesté que si la communication au particulier... n'a pas eu lieu, ou si cette personne mise en cause n'a pas présenté de défenses, néanmoins la procédure

(68) T. II, pp. 561, 562.

ne serait pas par défaut et l'opposition ne serait pas admise; la procédure des excès de pouvoir ne comporte pas en effet de défendeur au sens propre du mot » (69). Nous retrouverons plus loin les problèmes relatifs à l'opposition et à la tierce opposition (70). D'ores et déjà pourtant il est permis de constater que, même réalisée par la voie administrative, la communication au ministre produit précisément les effets que l'on propose de lui refuser : en son absence en effet, la voie de l'opposition est bel et bien ouverte à l'administration (71). C'est donc admettre que cette communication produit au moins l'un des plus importants parmi les effets de l'ordonnance de soit communiqué : la mise en cause, et que l'administration est bien traitée en défendeur ordinaire.

2° En liaison avec ce problème de la communication du recours à l'administration, on présente souvent la question de la nature du mémoire en réponse du ministre. Il s'agirait de « simples observations », sans valeur juridique particulière. La meilleure preuve en serait que le ministre conclut parfois au bien fondé du recours ou s'en remet à la sagesse du Conseil d'Etat. Il en résulterait bien entendu que l'administration ne présentant pas de conclusions au fond ne peut être considérée comme une véritable partie. Pourtant, cette argumentation ne peut être admise sans discussion.

D'une part en effet, tant pour le Conseil d'Etat (72) que pour les tribunaux administratifs (73), le législateur a décidé que si le délai fixé pour la production d'observations s'écoulait sans résultat, il fallait prévoir une sanction, variable suivant qu'il s'agit du défendeur ou du demandeur; « si c'est le défendeur (la partie défenderesse dit le décret de 1953), il est réputé avoir acquiescé aux faits exposés dans la requête ». Le Conseil d'Etat n'hésite pas à faire application de ces textes au recours pour excès de pouvoir (74), en exigeant toutefois que les faits allégués ne soient pas contredits par une pièce du dossier (75). Il semble bien que ce

(69) Jagerschmidt, conclusions sous Ville d'Avignon, 15 décembre 1899, S. 1900-3-73.

(70) *Infra*, chap. III et II° partie.

(71) Cf. en dernier lieu, Préfet de la Gironde rendus aux conclusions Guldner, A.J. 1957-2-365.

(72) Article 56, ordonnance du 31 juillet 1945.

(73) Décret du 30 septembre 1953 modifiant l'article 9 de la loi du 29 juillet 1889.

(74) Mellon, 24 février 1954, R. 849; T.A. Constantine, 23 octobre 1954, Bouchicha Mostefa, A.J. 1955-2-322; de Saxée, 20 novembre 1957, R.P.D.A. 1957, n° 429.

(75) Mellon, précité ; Raffinerie de pétrole du Nord, 7 octobre 1955, Somm., p. 776.

soit là accorder à l'absence de « simples observations » une importance bien considérable et introduire, au moins dans le texte, la notion de défendeur.

D'autre part, le Conseil d'Etat est allé plus loin encore. A la suite de la perte d'un dossier par l'administration, il a jugé : « Ainsi le Conseil d'Etat est mis, par le fait de l'administration, dans l'impossibilité d'exercer le contrôle de légalité qui lui appartient; dès lors, la décision attaquée doit être regardée comme entachée d'excès de pouvoir » (76). Cet arrêt contredit la jurisprudence antérieure qui imposait au juge administratif, en partant des faits exposés dans la requête et non contestés par l'administration, d'apprécier la légalité de la décision *in concreto* (77). Il semble d'ailleurs isolé puisqu'un arrêt du même jour (78) et au moins un arrêt ultérieur (79) ont décidé conformément à une jurisprudence classique (80) que « la requête n'étant actuellement susceptible d'aucune suite, il n'y a lieu, en l'état, de statuer ». On ne saurait donc considérer comme un revirement de jurisprudence ce qui est sans doute une décision d'espèce. Pourtant cette attitude du Conseil d'Etat nous semble très révélatrice : comment dire en effet que l'administration n'est pas un défendeur quand l'arrêt dame Barland introduit pratiquement l'acquiescement du défendeur dans le contentieux de l'annulation ? Nous n'insistons pas sur cette jurisprudence qui, si elle était confirmée, constituerait un tel argument en faveur de la notion de partie que notre travail en deviendrait inutile... Il reste pourtant, répétons-le, que la possibilité d'un tel arrêt semble nettement révéler que, dans l'esprit du Conseil d'Etat tout au moins, l'administration est traitée comme une véritable partie en cause.

Enfin, une jurisprudence ancienne et constante admet que l'absence de décision administrative attaquable peut être suppléée par les observations ministérielles produites pendant l'instruction du recours (81). C'est bien admettre que les observations jouent

---

(76) Dame Barland, 2 novembre 1956, A.J. 1957-2-2.

(77) Codos, 28 mai 1948, R. 240; dame Geneau, 19 décembre 1947, R. 481; Bonneau, 6 juin 1947, R. 247; Société Chaux et Ciments Lafarge, 28 mars 1947, R. 139.

(78) Guenzi, 2 novembre 1956, R.P.D.A. 1957, p. 187.

(79) Société française de mécanique, 11 janvier 1957, A.J. 1957-2-157.

(80) Hospital, 15 février 1956, A.J. 1956-2-65; Peyroux, 29 avril 1955, A.J. A.J. 1955-2-324 ; dame Bonsignour, 3 mars 1954, A.J. 1954-2-483. 1955-2-324; dame Bonsignour, 3 mars 1954, A.J. 1954-2-483.

(81) Borron, 29 mars 1933, R. 370; Fabre, 30 janvier 1952, R. 68. Cette jurisprudence se retrouve au plein contentieux (Mantzer, 22 février 1946, R. 59) ; mais si le ministre conclut principalement à l'irrecevabilité et ne présente de conclusions au fond qu'à titre subsidiaire, cette jurisprudence n'est pas appliquée (Bonnet, 10 février 1954, A.J. 1954-2-140).

en réalité le rôle de véritables conclusions et ne sont pas, tant s'en faut, dépourvues de toute valeur juridique.

L'ensemble des effets attachés aux observations fournies sur le recours par l'administration amène donc à passer outre l'objection tirée du fait que, en certains cas, le ministre s'en remet à la sagesse du tribunal (82) ; d'autant plus que, en droit privé aussi, certains plaideurs adoptent parfois cette attitude.

3° Il y a mieux encore. Laferrière écrivait : « Les actes administratifs susceptibles d'être déférés pour excès de pouvoir ont le caractère d'actes de la puissance publique, et il est de principe que la puissance publique n'est point une partie qui puisse être condamnée aux dépens » (83) ; l'article 130 du Code de procédure civile dispose en effet « toute partie qui succombera sera condamnée aux dépens ». Etre condamné aux dépens, c'est donc avoir la qualité de partie. Comme le disait Hauriou dans son style imagé : « Dans l'espèce de jeu que constitue une instance juridictionnelle, la condamnation aux dépens est un enjeu; celui qui perd paie les dépens; mais pour cela, il faut avoir la qualité de partie en cause, c'est-à-dire qu'il faut être dans le jeu pleinement et complètement » (84).

Or, après que le Conseil d'Etat eut admis la possibilité de condamner l'administration aux dépens dans les instances de plein contentieux (85), voici qu'il s'engage dans la même voie pour les instances en excès de pouvoir.

Les tribunaux administratifs n'hésitent pas à mettre les dépens à la charge de l'Etat dans les instances en excès de pouvoir, tout au moins dans le cas où le rejet du recours n'est pas imputable au requérant (86), et la Haute Juridiction elle-même a confirmé cette jurisprudence (87).

Il résulte en outre des termes d'une espèce dame Benne (88) que l'Etat pourrait être condamné aux dépens dans une instance en excès de pouvoir où il succomberait au sens des dispositions de l'article 22 de la loi du 22 juillet 1889.

---

(82) Cf. d'ailleurs sur ce point l'opinion exprimée par M. Mosset : « Il est vain de dire que l'administration n'émet qu'un avis. Car cet avis s'oppose à l'argumentation et aux conclusions du requérant. Il noue le débat devant le juge. Il suffit à mettre l'administration en cause dans le procès (concl. sous Sous-préfet de Thionville, 6 janvier 1956, R.D.P. 1956, p. 343).

(83) T. II, p. 566.

(84) Note sous Brusson, 29 juillet 1910, S. 1911-3-73.

(85) Brusson, précité.

(86) Cf. dans un cas où le Conseil d'Etat avait transféré un dossier à un tribunal incompétent : T.A. Paris, Gatthas, 28 février 1956, R. 514.

(87) Rousseau, Section, 12 octobre 1956, R. 360.

4° Une dernière conséquence de cette situation un peu hybride où l'administration, défenseur de l'acte n'était pas défendeur concernait les règles relatives aux pouvoirs du juge, assez strictement limités à l'annulation de l'acte entrepris. L'administration n'était pas une partie, le procès était fait à l'acte; il en résultait tout naturellement que le Conseil d'Etat « ignorait » officiellement l'administrateur qui était derrière l'acte et ne lui adressait pas d'injonctions; il pouvait seulement annuler l'acte ou rejeter le recours. L'évolution fut considérable et, quand il juge un recours pour excès de pouvoir, le juge administratif dispose maintenant d'une gamme de dispositifs très étendus (89).

a) Il peut d'abord l'annuler purement et simplement. Comme le fait remarquer M. Weil (90), l'annulation équivaut d'ailleurs pratiquement à une injonction adressée à l'administration puisque, si cette dernière refuse de prendre les mesures d'application qui en découlent, le Conseil d'Etat la condamne à une indemnité et annule éventuellement la nouvelle mesure prise en violation de la chose jugée. La « courtoisie » de la Haute Juridiction manifeste ainsi davantage son hésitation à devenir un « sévère censeur » (91) dont l'administration aurait tendance à rejeter la tutelle que son scrupule à considérer comme une véritable partie l'autorité qui a fait l'acte illégal. C'est parce que l'administration accepterait difficilement de se trouver en position de « défendeur » qu'il renonce à lui adresser des injonctions; mais les conséquences pratiques qu'il fait produire à l'annulation aboutissent dans la généralité des cas aux mêmes résultats. Il faut noter à ce sujet la formule de sa décision Glon (92) : cette décision de principe admet que l'annulation prononcée par le Conseil d'Etat doit, dans certains cas, être comprise comme s'étendant aux actes identiques à l'acte annulé en déclarant : « Il incombait à l'administration de réformer aussi, alors même qu'ils n'avaient fait l'objet d'aucun recours dans le délai légal, les arrêtés comportant la même erreur de droit que celle qui a entraîné la nullité de l'acte attaqué. »

b) Mais le Conseil d'Etat va parfois plus loin encore et se prononce sur « les conséquences de droit qui résultent des constatations de droit qu'il fait » (93). D'une part il renvoie le requérant

(88) 2 janvier 1957, A.J. 1957-2-156; cf. aussi de Bayo, 1953, R. 544.
(89) Cf. Weil, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir.*
(90) *Op. cit,* p. 59.
(91) Lefas, in *Etudes et Documents* 1949, p. 64.
(92) Glon, 26 janvier 1934, S. 1934-3-47, D. 1934-136.
(93) Hauriou, note sous Denis et Rage Roblot, S. 1907.3.17.

devant l'administration « pour être statué ce que de droit », « pour qu'il soit procédé à un nouvel examen de la situation », « pour que soient prises les mesures que comporte l'exécution de la présente décision ». D'autre part, il lui arrive dans certaines hypothèses particulièrement complexes de se comporter en véritable « conseil juridique de l'administration » (94) ; l'exemple type d'une telle attitude est fourni par l'arrêt Rodière (95) dont les considérants fort développés constituent « une véritable théorie de la reconstitution de carrière » (96). Il semble que, dans toutes les hypothèses où le Conseil ne se borne pas à annuler l'acte purement et simplement (97), l'administration soit, en fait, traitée comme un véritable défendeur. Certes, le procès reste fait à un acte en ce sens que l'annulation produit son effet *erga omnes*. Mais, en ce qui concerne la qualité des parties, il nous semble que dans un grand nombre de cas, l'administration est, à l'évidence, traitée comme un véritable défendeur. Et il n'apparaît pas téméraire en l'espèce de passer du cas particulier à la règle générale et d'affirmer que, même quand le recours a été rejeté ou s'est dénoué par l'annulation simple, l'administration a été considérée comme un plaideur.

5° Il en va d'autant plus ainsi que, depuis la réforme du contentieux administratif, l'appel a été introduit dans le contentieux de l'excès de pouvoir. Or, tant le code de procédure civile (98) qu'une doctrine unanime et le Conseil d'Etat lui-même dans sa jurisprudence relative aux recours de plein contentieux (99) réservent la faculté de faire appel aux parties en cause lors du procès de première instance. Comme, pour des nécessités évidentes d'ordre pratique et logique, on a admis que l'administration pouvait faire appel d'un jugement annulant l'un de ses actes en première instance, il faut bien en conclure qu'elle est plus qu'un simple défendeur, une partie en cause.

Dans ses conclusions sous une décision Sous-Préfet de Thionville (100), M. Mosset proposait il est vrai de distinguer entre la

---

(94) Weil, *op. cit.*, p. 171.

(95) Rodière, 26 décembre 1925, S. 1925-3-49, R.D.P. 1926, p. 32.

(96) *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, p. 165.

(97) Pour les annulations partielles, cf. *infra*, chap. III. Elles ne concernent pas l'existence d'un défendeur mais consacrent la portée de véritables conclusions.

(98) Livre III, titre unique.

(99) Baumann et autres, 7 novembre 1924, R. 862 ; Bruxelles, 24 mai 1938, R. 160, etc.

(100) Sous-préfet de Thionville, 6 janvier 1956, R.D.P. 1956, p. 343, conclusions Mosset.

notion de « partie », qui continuerait d'être exclue du recours pour excès de pouvoir, et celle de « personne en cause », qui serait toute différente, et permettrait d'expliquer la possibilité de faire appel. Mais, M. Mosset le reconnaît lui-même, ces deux notions ne présentent entre elles aucune différence de nature. La distinction semble dès lors bien subtile; paradoxale sous la plume du commissaire du gouvernement qui dénonçait avec vigueur les dangers du byzantinisme (101), elle ne correspond de surcroît à rien de concrètement perceptible. Aussi ne nous laisserons-nous pas arrêter par elle.

Il faudrait encore mentionner à l'appui de notre thèse la réforme introduite par le décret du 29 janvier 1957; mais cette réforme doit s'étudier dans le cadre de l'attitude psychologique adoptée par l'administration en face du recours pour excès de pouvoir.

§ 2. — Sur le plan psychologique.

Sur le plan psychologique en effet, l'administration en arrive presque à réclamer, sinon la qualité de partie, du moins les avantages qu'elle confère. Son attitude est ainsi contradictoire : elle ne veut pas être jugée, mais elle veut défendre son acte comme un particulier défendrait ses droits. Cette contradiction s'explique d'ailleurs en fonction de considérations historiques. Pleine satisfaction lui était évidemment donnée quand il fallait considérer le recours pour excès de pouvoir comme un recours hiérarchique ; elle avait alors tout loisir de se justifier, de se défendre, tout en restant en dehors du litige soulevé par le requérant, aucun procès ne naissant avec lui. Malheureusement pour elle, le recours pour excès de pouvoir est très vite devenu un recours contentieux, au plein sens du terme. Mais le terrain perdu sur cette première position a été regagné sur une seconde ; le recours devenait un procès fait à un acte, l'administration n'apparaissait donc pas en position de justiciable. Seulement, avec la notion de procès fait à l'acte, il lui devenait impossible de se défendre comme elle l'aurait voulu. La situation était donc, sinon inextricable, du moins hybride et mal définie. La réforme de 1953 introduisant le double degré de juridiction dans le mécanisme du recours pour excès de pouvoir devait mettre à jour une crise depuis longtemps latente, l'administration réclamant elle-même la qualité de défendeur, sans toujours se rendre compte qu'elle ruine ainsi la nature du recours traditionnellement considérée comme objective.

---

(101) Conclusions sous El Hamidia, 5 février 1954, J.C.P. 1954-2-8136.

Le doyen Hauriou se montrait fort optimiste en écrivant (102) : « C'est une idée très fausse que de représenter l'administration et les administrés comme se rencontrant à chaque instant et s'affrontant les uns les autres dans l'exercice de leurs droits réciproques. Très heureusement, le champ d'activité de l'administration se localise dans les espèces laissées aux intérêts généraux, où les individus n'ont pas, à proprement parler, de droits à faire valoir parce que leurs droits acquis sont mesurés par la sphère du commerce juridique ordinaire dont le rayon ne dépasse guère les intérêts privés ». Actuellement au contraire, l'action des particuliers se heurte sans cesse à une réglementation administrative dont l'abondance n'a d'égale que la complexité ; que dire au surcroît des fonctionnaires ou des groupements ! Il est donc devenu inévitable que l'administration renonce à la condescendance plus ou moins bienveillante qui fut la sienne à l'échelon ministériel. C'est d'ailleurs ce que note M. Guillien : « Psychologiquement, l'administration est une partie, volontiers obstinée, toujours surprise d'être contrariée, toujours inquiète de perdre la face. Et, en un sens, elle n'a pas tort. Son efficacité est liée à cet état d'esprit » (103). Quant aux fonctionnaires locaux, il est presque inutile de rappeler l'acharnement qu'ils mettent souvent à défendre leurs actes. Sans même invoquer des hypothèses aussi exceptionnelles que celle de la fameuse affaire Fabrègues où le maire prit, illégalement et malgré un arrêt du Conseil d'Etat, dix-sept arrêtés successifs révoquant pour un mois le garde champêtre de sa commune, il est frappant, par exemple, de constater que les collectivités locales ont souvent recours aux consultations d'avocats aux conseils pour défendre juridiquement une décision qu'elles entendent maintenir. Refuser à l'administration la qualité de défendeur, c'est ne pas tenir compte de « l'esprit de clocher » qui joue en France un rôle si considérable. De même, les fonctionnaires fiscaux, les agents chargés du contrôle de l'urbanisme, d'une expropriation, etc..., ont parfois une véritable animosité personnelle contre les administrés qu'ils dirigent et se révèlent fort attachés personnellement au sort des actes attaqués. Certes, ceci relève sans doute plus de la littérature que du droit positif. Il semble pourtant qu'il y ait là une attitude dont il faille tenir compte.

D'autant plus que cette attitude se traduit en termes juridiques. Ainsi le décret du 29 janvier 1957 a donné aux préfets le droit

(102) *Les éléments du contentieux*, p. 38.

(103) « Essai sur une réforme générale du contentieux administratif », D. 1955, chr., p. 97.

de présenter devant les tribunaux administratifs « des observations en défense aux recours pour excès de pouvoir introduits contre les décisions prises soit par eux-mêmes, soit par les sous-préfets de leur département dans l'exercice de leurs pouvoirs de tutelle à l'égard des collectivités locales et des établissements publics locaux ». Une telle réforme s'inscrit certes dans le cadre plus vaste d'une politique de déconcentration. Il est néanmoins caractéristique que les préfets aient demandé à leur ministre de faire passer un texte les autorisant à défendre eux-mêmes les actes de tutelle attaqués ; ils en espéraient sans doute plus d'efficacité, plus d'autorité peut-être au regard des collectivités qu'ils contrôlent. Mais cette attitude est sans équivoque : les préfets se considèrent comme personnellement intéressés au sort de leurs actes. Ils ne sont d'ailleurs pas les seuls puisque le commentateur du *Bulletin annoté des lois et décrets* écrivait (104) : « Les changements opérés sont de peu d'importance ; cependant la nouvelle rédaction apporte une précision intéressante en ce qui concerne la signature des recours et la présentation d'observations au nom de l'Etat » ; il apparaît ainsi que l'importance de cette réforme n'a pas été perçue, parce que le changement ne faisait que consacrer un état de chose latent.

Une autre preuve est d'ailleurs facile à trouver. Les préfets n'ont pas reçu le droit de faire appel des décisions de tribunal administratif annulant leurs décisions; pourtant, il apparaît qu'ils font appel. Le Conseil d'Etat se montre d'ailleurs assez large à ce sujet puisqu'il admet que l'irrecevabilité dont l'appel du préfet se trouve ainsi entaché est couverte si le ministre s'approprie les termes de la requête (105). Il reste que le mouvement naturel des autorités locales est de défendre en justice l'acte qui est le leur. Ajoutera-t-on qu'une telle attitude n'est pas limitée à l'administration locale et qu'il arrive de voir un ministre, un secrétaire d'Etat en l'occurrence, se passionner publiquement pour le sort d'une de ses décisions plus ou moins justifiée en droit (106). D'autres exemples ne manqueraient pas, dans les domaines les plus variés. Ajoutons en un : la jurisprudence constante du Conseil d'Etat qui interdit à l'auteur d'un acte d'intervenir pour le défendre quand il est attaqué par la voie du recours pour excès de pouvoir (107) prouve

(104) *Bulletin annoté des lois et décrets*, 1957, p. 27.

(105) Préfet du Bas-Rhin (9 février 1949, R. 62) ; Préfet d'Eure-et-Loir (8 février 1956) ; Préfet de la Gironde (7 juin 1957), etc.

(106) Barel, 28 mai 1954, R. 308.

(107) Houdbine, 19 mai 1910, R. 391; époux de Fraguier, 27 février 1948, R. 98.

encore que le réflexe naturel d'une autorité locale, réflexe si naturel qu'il n'est pas complètement refoulé par une attitude invariable du Conseil d'Etat, est de se considérer comme personnellement en cause quand un de ses actes est attaqué (108).

Ainsi, les conclusions d'une analyse sommaire de la psychologie des autorités administratives et de ses effets rejoignent celles qu'avait permis de dégager l'étude de la jurisprudence du Conseil d'Etat sur les principaux problèmes soulevés par la notion de « procès fait à un acte » : rien n'empêche plus de considérer l'administration comme un véritable défendeur en ce qui concerne son attitude dans l'instance, son droit d'action.

(108) Sur le point de savoir qui est partie, de l'agent ou de la collectivité qu'il représente, cf. *infra*, « Théorie de l'organe », titre II, chap. II.

CHAPITRE III

LES CONCLUSIONS DES PARTIES EXPRIMENT UN VERITABLE POUVOIR DE SAISIR LE JUGE

Comme toute action en justice, le recours pour excès de pouvoir est l'expression d'un véritable pouvoir exercé par le requérant. Sans reprendre le fondement théorique de cette proposition (1), il convient d'en dégager ici la portée et les limites, en étudiant les conclusions que peuvent prendre les parties dans le cadre d'une instance en excès de pouvoir. Ce sont elles en effet qui traduisent concrètement le pouvoir d'agir utilisé par le requérant.

Deux remarques liminaires doivent être faites :

La première porte sur une question de vocabulaire. Les conclusions peuvent se définir : « l'acte de procédure écrit, signé d'un avoué, dans lequel une partie expose ses prétentions » (2). Une telle définition est pourtant équivoque car elle combine en une seule formule l'aspect *negotium* et l'aspect *intrumentum* des conclusions. Pour ne laisser place à aucune ambiguïté, il faut donc préciser que nous entendons par conclusions, uniquement le *negotium*, la réalité juridique concrète des prétentions émises par les parties, réservant le terme de requête pour désigner l'*instrumentum*.

(1) Cf. *supra*, titre préliminaire.
(2) *Jurisclasseur de procédure civile*, article 76, n° 17.

La seconde remarque porte sur une question de présentation. Les conclusions intéressent surtout le demandeur car le défendeur se borne généralement, et plus spécialement dans la matière de l'excès de pouvoir où les demandes reconventionnelles sont difficilement concevables, à contester le bien-fondé des prétentions exposées par le demandeur. Les conclusions de l'un sont donc l'antithèse des conclusions de l'autre. C'est donc dans cet esprit qu'il faut en aborder l'étude.

Cela dit, le pouvoir du demandeur à l'action en excès de pouvoir est soumis à une double limite qui provient des conséquences respectives de la distinction des contentieux et du caractère inquisitoire de la procédure administrative. D'aucuns en ont déduit que le litige né à la suite d'un recours pour excès de pouvoir ne pouvait être comparé à un procès de droit privé ou de plein contentieux car le demandeur n'y aurait aucune liberté de manœuvre et pourrait seulement attaquer une décisions administrative ou lui obéir. Mais il nous semble au contraire que le requérant bénéficie d'une large autonomie tant en ce qui concerne l'objet de sa demande que la marche du litige et que, loin de constituer une exception, sa liberté en la matière représente actuellement le principe ; c'est donc à un renversement de la présentation traditionnelle que nous consacrerons ce chapitre, sans d'ailleurs avoir à détailler une jurisprudence classique.

Section I

LES CONCLUSIONS DÉFINISSENT L'OBJET DE LA DEMANDE

L'objet de la demande est constitué par la décision concrète que les parties demandent au juge de prendre, et c'est le rôle des conclusions contenues dans la requête que de l'exprimer (3). Mais, alors que dans le plein contentieux et en droit privé, les conclusions ne sont guère soumises qu'à des règles de forme définissant les conditions de présentation de l'*instrumentum* (4), il n'en va pas de même dans la matière de l'excès de pouvoir; en adoptant cette voie de droit, le demandeur se trouve soumis à une importante limitation de fond : il ne peut pas conclure à n'importe quoi et doit seulement demander l'annulation pure et simple de l'acte administratif qui lui fait grief.

---

(3) Sur les rapports entre demande, conclusions, moyens et cause, cf. *infra*. IIe partie.

(4) Délais, signature, papier timbré, absence de passage injurieux, etc.

Tel est du moins le principe; mais la pression des plaideurs a amené le juge de l'excès de pouvoir à le nuancer de telle façon que s'il reste vrai que les conclusions dépendent de la chose à juger, la chose jugée est largement déterminée par les conclusions. Ce sont ces deux points qu'il faut développer, pour dégager la portée et les limites du pouvoir accordé aux requérants.

§ 1. — Les conclusions dépendent de la chose à juger.

La question est la suivante : le requérant qui peut seulement demander l'annulation d'un acte administratif doit-il être considéré comme un plaideur à part entière ou faut-il admettre qu'il se trouve dans une situation particulière, irréductible à celle dont jouit le demandeur de droit privé ou celui de plein contentieux. On doit, pour y répondre, distinguer soigneusement deux problèmes distincts : quel est le champ d'application du recours pour excès de pouvoir ? Quel peut être le contenu des conclusions d'excès de pouvoir ?

A. — Le champ d'application du recours pour excès de pouvoir.

En adoptant un critère formel, seul possible et du reste très normal dans une recherche d'ordre procédural, il convient de rechercher les cas où le recours pour excès de pouvoir est possible en recensant les hypothèses où la juridiction administrative s'est prononcée sur une prétention présentée par le requérant sans ministère d'avocat (5). On constate alors (6) que le recours pour excès de pouvoir est impossible dans les contentieux électoral, contractuel (7), quasi délictuel, dans les litiges en matière de changement de nom (8), de réglementation des établissements dangereux, incommodes ou insalubres (9), des édifices menaçant ruine (10). Dans le reste des cas, il est possible.

On peut donner deux commentaires de cette jurisprudence.

---

(5) Faire de l'annulation prononcée par le juge le critère du recours pour excès de pouvoir serait de mauvaise méthode, car il est des cas où le Conseil d'État se borne à annuler un acte administratif quoiqu'il juge au plein contentieux ; par exemple en matière d'élections ou d'établissements insalubres.

(6) Cf. Heilbronner, *Recours pour excès de pouvoir et recours de plein contentieux*, D. 1953, chr., p. 183.

(7) Sauf en ce qui concerne les actes détachables.

(8) Warnod, Assemblée, 13 mars 1953, S. 1953-3-49 (concl. Delvolvé).

(9) Société M.O.R.A.I., 16 février 1955, R.P.D.A. 1956, p. 3 (conclusions Laurent).

(10) Préfet de police contre consorts Chevallier et Tedeschi, Assemblée, 22 juin 1951, D. 1952-5 (note P. Weil).

Le premir consiste à dire qu'il n'y a rien là qui infirme notre thèse. L'essentiel pour nous n'est pas en effet de savoir si le recours pour excès de pouvoir est toujours possible : il est de savoir si, lorsqu'elle est intentée, l'action en excès de pouvoir se déroule bien entre parties et, plus précisément dans ce paragraphe, si le demandeur au recours pour excès de pouvoir peut exercer la plénitude des pouvoirs reconnus aux plaideurs dans les autres instances juridictionnelles. Une objection peut toutefois être présentée à l'encontre de cette interprétation : si le recours pour excès de pouvoir réalise bien un procès entre parties, il est difficilement explicable qu'il soit impossible de l'intenter dans certains types de litiges.

On rejoint alors le second commentaire : la jurisprudence qui interdit le recours pour excès de pouvoir doit être critiquée parce qu'elle n'est pas justifiée. L'affirmation pourra sembler gratuite et le commentaire un peu bref... Mais, nous efforçant de démontrer que l'action en excès de pouvoir est de la même nature que le recours de plein contentieux et rencontrant une jurisprudence qui consacre implicitement une distinction entre les deux, nous ne pouvons que la mentionner comme une limite à la portée actuelle de notre analyse, l'ensemble de nos développements ayant pour but de montrer que cette limite devrait disparaître (11).

Plus fructueuse est l'étude de l'objet que les parties peuvent donner à leurs conclusions.

B. — Le contenu des conclusions d'excès de pouvoir.

Lorsqu'il intente un recours pour excès de pouvoir, le demandeur bénéficie de certains avantages (dispenses de frais, dispense d'avocat) mais, en contrepartie, est soumis à une limite très stricte : il ne peut obtenir que l'annulation de l'acte qu'il critique, et celles de ses conclusions qui demanderaient au juge de prononcer une condamnation pécuniaire à la charge de l'administration, d'adresser à cette dernière une injonction ou de modifier l'acte entrepris, seraient rejetées comme irrecevables. C'est là une limite considérable apportée à leur pouvoir.

Mais on ne saurait se contenter de cet énoncé car, s'il est fermement posé, le principe suivant lequel les conclusions d'excès de pouvoir (et, corrélativement, les pouvoirs du juge) sont limités à l'annulation ou au maintien « en bloc » de l'acte critiqué, d'une part ne présente pas toujours la même signification, d'autre part souffre certaines exceptions notables.

---

(11) Cf. notamment *infra*, la conclusion.

1° *La signification du principe est différente suivant les cas.*

a) Il est d'abord des hypothèses où l'objet de la demande ne peut être que l'annulation de l'acte qui fait grief au demandeur.

Ainsi en est-il par exemple en matière d'expropriation. L'exproprié qui attaque l'acte déclaratif d'utilité publique ne peut logiquement demander autre chose que son annulation, au moins en ce qui le concerne. L'attribution d'une somme d'argent serait en effet un non-sens puisque la procédure d'expropriation comprend précisément une phase d'indemnisation qui a pour but de réparer le préjudice causé au propriétaire par l'éviction, préjudice qui, très évidemment, provient de l'expropriation elle-même et non de la procédure suivie.

Dans toutes les hypothèses de cette nature, où seule l'annulation est logiquement possible, il est parfaitement normal que les conclusions du demandeur soient limitées à cette annulation. Ce n'est en rien une limitation de son pouvoir d'agir mais une conséquence naturelle de la nature des choses, la seule manière susceptible de lui donner satisfaction étant la disparition rétroactive de l'acte qui lui faisait grief.

b) Dans les autres cas — les plus nombreux — l'illégalité qui entache l'acte édicté par l'administration est de nature à être sanctionnée soit par l'annulation, soit par une indemnisation; et le choix du recours pour excès de pouvoir par le demandeur l'empêche de donner à sa demande un autre objet que l'annulation de la décision administrative. Faut-il en conclure que les conséquences de la distinction des contentieux imposent une limitation sensible à la liberté des parties ? La réponse à cette question doit, à notre avis, être négative, pour plusieurs raisons, d'importance et de valeur inégales.

La première est que le demandeur peut choisir librement la voie de droit qu'il estime la plus propre à lui donner satisfaction. C'est dire que « les conclusions ont un caractère déterminant sur la distinction des contentieux » (12), qu'elles en sont la cause et non l'effet (13). Dès lors qu'il ne lui est pas imposé mais qu'il le détermine librement, l'objet de la demande peut donc être considéré comme fixé par le demandeur en application de son pouvoir d'agir.

---

(12) ODENT, p. 438.

(13) Bien entendu, il n'en est ainsi que dans l'hypothèse où le choix est possible entre le recours pour excès de pouvoir et le recours de plein contentieux; si ce choix n'est pas possible, à raison de la matière du litige, on se trouve ramené au problème traité en A.

La deuxième raison, qui complète la première en la justifiant, est tirée de la jurisprudence relative aux jonctions de conclusions.

On connaît cette jurisprudence inaugurée par les décisions Blanc, Argaing et Bézie (14), où le doyen Hauriou voyait « trois arrêts destinés à devenir célèbres, parce que le Conseil d'Etat y a abattu la cloison étanche qui séparait le recours pour excès de pouvoir du recours contentieux ordinaire »; souvent confirmée depuis (15), elle dépasse la simple jonction de requêtes (16) pour autoriser la jonction, dans une même requête, de conclusions d'annulation et d'indemnisation, le Conseil d'Etat y statuant en un seul arrêt. Il faut d'ailleurs noter qu'il se prononce alors « sur les conclusions à fin d'annulation » et « sur les conclusions à fin d'indemnisation », mais n'oppose pas dans sa décision le recours pour excès de pouvoir au recours de plein contentieux. Cette remarque de vocabulaire livre la clé de l'interprétation qu'il faut proposer.

Réunis dans la même requête, examinés au cours de la même instance, jugés par la même décision, les deux types de recours ne présentent pas des caractères différents au point de vue procédural. Certes, c'est donner un objet différent à sa demande que demander une annulation et l'attribution d'une somme d'argent, et le recours pour excès de pouvoir ne permet de conclure qu'à l'annulation. Mais il nous semble que la nature du pouvoir d'agir est en tous les cas la même si l'on veut bien dépasser les critères d'ordre formel et externe constitués par la dispense du ministère d'avocat et la dispense de frais qui ne sont rattachés au mécanisme du recours pour excès de pouvoir par aucun lien logique.

Dans toute la mesure où la limitation des conclusions à l'annulation est la cause de la distinction des contentieux, dans la mesure donc où elle est librement choisie par le demandeur, qui pourrait s'il le voulait leur adjoindre une indemnité, le pouvoir d'agir de ce dernier apparaît identique à celui qui existe devant toute autre juridiction, et notamment les tribunaux civils.

On pourrait certes penser que ce raisonnement et cette présentation sont irrémédiablement contredits par le fait qu'un recours

---

(14) 31 mars 1911, S. 1912-3-129, note HAURIOU.

(15) Cf. par exemple : Cibaud, 18 juillet 1936, R. 810; Bénazet, 19 juillet 1939, R. 484; Quesnel, 24 novembre 1948, R. 442; Lacame, 6 mai 1955, R. 237; Benabeng, 13 mai 1955, R. 259; Reuteux, 15 juillet 1955, R. 446; Balpêtré, 31 mai 1957, R. 362 (conclusions TRICOT).

(16) Sur l'origine de cette première jurisprudence, cf. le travail collectif effectué sous la direction d'HAURIOU : « La conversion de l'instance en excès de pouvoir en instance au contentieux ordinaire », in *L'année administrative* 1904, p. 128.

pour excès de pouvoir donné ne peut, à lui seul, aboutir qu'à une annulation. Il est vrai; c'est pourquoi nous l'avons marqué dans l'intitulé de ce paragraphe. Mais, et ce sont là nos dernières raisons, d'une part, nous l'avons déjà dit, il ne semble pas que ce soit juridiquement justifié : il n'y a qu'une manière de faire un procès et l'autonomie du recours pour excès de pouvoir n'est que de surface; d'autre part et surtout, la notion d'annulation est très élastique et certaines de ses applications aboutissent à réaliser un véritable retournement du principe, sous forme d'exceptions.

2° *Les exceptions au principe.*

Il s'agit des hypothèses, trop connues pour que nous les reprenions en détail, où, par le biais d'une annulation, le juge de l'excès de pouvoir en vient à prononcer une condamnation pécuniaire, réformer un acte administratif ou adresser une injonction à l'administration.

a) *Le Conseil d'Etat prononce parfois de véritables condamnations pécuniaires à la charge de l'administration.*

Il en est d'abord ainsi dans certains cas où la Haute Juridiction « n'a pas voulu se laisser entraîner sur des terrains où elle aurait dû se livrer à des évaluations délicates, presque arbitraires » d'évaluations pécuniaires effectuées par l'administration (17) : contentieux des amendes infligées par les services du contrôle économique (18), de la fixation des indemnités dues aux particuliers du fait des décisions prises pendant la guerre par les répartiteurs (19), lors des nationalisations de certaines entreprises (20), ou après modification des taux de change dans la zone franc (21), contentieux des redevances tréfoncières (22). Dans tous ces cas, et par un singulier paradoxe, la seule voie de droit possible est l'action en excès de pouvoir; le plus souvent d'ailleurs, la requête est rejetée au fond.

Surtout, il en va de même dans le cadre de la jurisprudence inaugurée par l'arrêt Lafage (23), telle qu'elle a été élargie par

(17) HEILBRONNER, *Recours pour excès de pouvoir et recours de plein contentieux*, D. 1953, chr., p. 183.

(18) Guignard, 5 avril 1944, R. 110.

(19) Charbonneau, 6 avril 1948, Somm., p. 545; Société des Papeteries Boucher, 14 avril 1953, R. 171.

(20) S.A. des Mines de la Loire, 24 novembre 1950, R. 572 ; Société des Houillères de Rochebelle, 13 juillet 1951, S. 1951-3-103.

(21) Société Fabre et C^ie^, 20 février 1953, R. 84.

(22) Bouvet, 11 avril 1913, R. 409; Lassalle, 24 mars 1950, R. 189.

(23) Lafage, 8 mars 1912, S. 1912-3-17, note HAURIOU, conclusions PICHAT.

trois décisions intervenues au début de l'année 1954 (24) : lorsque le demandeur se trouve en présence d'une décision qui a pour lui des conséquences pécuniaires, il peut utiliser à son encontre la voie du recours pour excès de pouvoir. Initialement limitée dans sa portée par l'obligation imposée au demandeur de ne soulever que des moyens de droit pur (25), ce qui aboutissait à « différencier le recours pour excès de pouvoir par les moyens invoqués, et à faire dépendre sa recevabilité de la nature des moyens » (26), cette jurisprudence a désormais une portée beaucoup plus générale. Dès lors que le requérant se borne à demander une annulation, rien ne s'oppose à ce que cette annulation produise directement des conséquences pécuniaires. Ainsi pour les contentieux des soldes et traitements (27), des amendes pour salaires insuffisants ou excessifs (28), des refus d'échange des billets de banque (29), des refus de subvention à une œuvre privée (30), des arrêtés de debet (31), des états exécutoires (32), des ordres de reversement (33), des redevances pour emploi insuffisant de mutilés de guerre (34), etc...

b) *Le juge administratif réforme parfois l'acte administratif qui lui est déféré.*

Théoriquement, le juge de l'excès de pouvoir doit annuler ou maintenir l'acte « en bloc » et les parties ne peuvent conclure qu'à l'annulation totale ou au maintien intégral. Mais la jurisprudence est beaucoup plus souple, et la pratique des annulations partielles révèle que le Conseil d'Etat se reconnaît le pouvoir de modifier un acte administratif et, corrélativement, que les parties peuvent

(24) Bierge, 30 janvier 1954, R. 99; Société Marius Martin et Société des Etablissements Botton, Section, 19 février 1954, R. 120.

(25) Schlemmer, 8 mars 1912, R. 354; Lantuéjoul, 16 mars 1917, R. 238; Taillade, 8 décembre 1921, R. 1046; Hurtault, 4 avril 1924, R. 379; Cevaër, 30 avril 1924, R. 428; général Paulet, 10 juin 1936, R. 635; Barry, 27 avril 1953, R. 192; Nériny, 29 avril 1953, R. 203, etc.

(26) ALIBERT, p. 141.

(27) Lafage, précité; Bierge, précité; Crève-Cœur, 11 février 1955, R. 86, etc.

(28) Entreprise Jaulard, 7 mars 1947, R. 103 ; Etablissements Douge, 14 juin 1950, R. 365.

(29) Jary, 2 juillet 1948, R. 306; Bertoli, 22 octobre 1918, Somm., p. 539; Fernaud, 10 novembre 1950, R. 542.

(30) Œuvre de Saint-Nicolas et Association des parents d'élèves de l'Enseignement technique de la Seine, Assemblée, 17 juillet 1950, R. 423.

(31) Jurisprudence constante ; sur la distinction entre le recours pour excès de pouvoir contre un arrêté de débet et la demande en décharge, cf. : Gindicelli, 14 décembre 1956, A.J. 1957-2-82; Mahieux-Barbier, 13 mars 1957, R. 166.

(32) Barry, 27 avril 1953, R. 192.

(33) Marfan, 31 janvier 1919, R. 109 (sol. impl.).

(34) Société Le Bour, 3 janvier 1947, R. 1.

demander une telle modification. C'est en effet transformer un acte administratif, et parfois de façon importante, en modifiant sa portée et sa signification, que de l'annuler seulement en tant qu'il est rétroactif, qu'il rejette une demande, qu'il détermine une affectation (35).

Les exemples sont nombreux (36). Pour n'en exposer qu'un, maintenir des opérations de remembrement en annulant les modalités de compensation choisies, c'est très certainement bouleverser l'économie générale de l'opération entreprise par l'administration, et modifier profondément la signification des mesures prises (37).

c) *Le juge de l'excès de pouvoir adresse des injonctions à l'administration.*

Certes, de telles injonctions sont interdites (38) et la juridiction administrative se borne en principe à prononcer l'annulation totale ou partielle de l'acte critiqué devant elle par la voie de l'excès de pouvoir. Mais, comme le fait très justement remarquer M. Weil (39), « l'injonction est contenue dans l'annulation comme un germe dans l'œuf » et, quoiqu'il se borne à annuler l'acte, en précisant au besoin les mesures à prendre (40), la chose jugée par le Conseil d'Etat s'impose à l'administration puisque, si cette dernière ne s'y soumet pas, elle sera ultérieurement condamnée à verser une indemnité.

Il serait évidemment plus spectaculaire que le juge de l'excès de pouvoir puisse prononcer des annulations sous astreinte. On n'en est pas là actuellement, mais la notion d'astreinte s'est introduite dans le contentieux administratif (41) et il est parfaitement possible que, profitant de circonstances favorables, le Conseil d'Etat

---

(35) Cf. APPLETON, *Traité élémentaire du contentieux administratif*, 1927, p. 351 ; P. WEIL, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, thèse Aix, 1952, p. 182.

(36) Cf. par exemple, pour la seule année 1955 : Crève-Cœur, 11 février, R. 86; Jégo, 23 février, R. 113; dame André, 4 mars, R. 126; Lagellai, 6 mai, R. 241; Lodorici, 11 mai, R. 253; Chemin, 11 mai, R. 254; Syndicat national des médecins biologistes, 11 mai, R. 258; Groupement de défense des intérêts des locataires en meublé du département des Alpes-Maritimes, 13 mai, R. 263; ministre des Travaux publics contre dame Rebière, 20 mai, R. 277; Weger, 10 juin, R. 339; dame Gémi, 14 octobre, R. 481.

(37) Weyer, 20 juin 1955, R. 339.

(38) Cf., par exemple, commune de Saint-Martin-en-Vercors, 22 avril 1955, R. 203, *Rev. Adm.* 1955, p. 401 (conclusions HEUMANN).

(39) *Op. cit.*, p. 60.

(40) Pour un exemple particulièrement net, cf. Rodière, 20 décembre 1925, R. 1065.

(41) Manufacture des velours et peluches, 17 juin 1948, R. 513 ; Office public d'H.L.M. de la Seine, 13 juillet 1956, R. 343 (conclusions CHARDEAU), R.D.P. 1957, p. 300 (note WALINE).

l'admette un jour dans le contentieux de l'annulation; ce serait affermir encore le pouvoir dont dispose déjà le demandeur.

§ 2. — La chose jugée dépend des conclusions.

Après avoir exposé comment et dans quelle mesure l'objet de la demande était déterminé par un cadre, d'ailleurs très souple, il faut maintenant montrer que, dans le recours pour excès de pouvoir comme dans tout autre procès, « le rôle des conclusions est d'énoncer les prétentions des parties, de saisir le tribunal, de préciser les points sur lesquels il devra faire porter son jugement et de mettre la cause en état d'être jugée » (42).

Que le requérant puisse demander autre chose que l'annulation pure et simple d'une décision administrative, la jurisprudence en matière d'annulations partielles le montrait déjà; mais il faut préciser le rôle juridique joué par les conclusions en s'efforçant de démêler quelle est l'importance relative des parties et du juge.

A. — Les conclusions énoncent les prétentions des parties et précisent les points sur lesquels portera le jugement.

Suivant les expressions employées par M. Weil dans sa note sous deux arrêts fort importants, « l'étendue de la chose jugée n'est plus fonction de la cause juridique de l'annulation mais uniquement des termes de la requête », ce qui amène à penser que « en enfermant le recours pour excès de pouvoir dans les voies étroites de la procédure, le Conseil d'Etat tend à faire passer au second plan l'aspect objectif du recours » (43). Quelques commentaires sur ces deux espèces particulièrement topiques et un bref rappel des questions soulevées par les annulations relatives montreront que le dispositif des arrêts rendus sur excès de pouvoir ne porte que sur les points soulevés par le demandeur. C'est dire que ce dernier joue un rôle beaucoup plus important que celui qui lui est parfois attribué lorsqu'on sous-entend qu'il se borne à déclencher un contrôle jurdictionnel sans pouvoir en orienter les modalités.

1° *Les arrêts Cru et Caussidéry.*

Leur analyse est plus fructueuse qu'un long raisonnement; on n'en retiendra que l'essentiel.

Dans les deux cas, il s'agissait de savoir si, après l'annulation en un premier arrêt du tableau d'avancement dressé par l'admi-

---

(42) *Encyclopédie Dalloz de procédure*, V° Conclusion, n° 8.

(43) Note sous Cru, Assemlbée, 10 décembre 1954, et Caussidéry, 3 décembre 1954, au D. 1955-201.

nistration, cette dernière était obligée de recommencer toutes les opérations qui avaient été effectuées sur la base du tableau annulé. Deux catégories d'analyses étaient possibles pour donner une solution : ou bien l'on s'attachait à rechercher la cause de l'arrêt d'annulation et la portée des droits acquis par les tiers pour en déduire ce que pouvait et ce que devait faire l'administration; ou bien l'on s'attachait uniquement aux conclusions exposées par les parties dans leur requête, pour déterminer, quasi automatiquement, l'étendue de la chose jugée.

Proposée par M. Jacomet (44), la première solution aurait consacré le caractère objectif du recours pour excès de pouvoir et fait passer au second plan les conclusions des parties. Mais le Conseil d'Etat s'est rallié à la seconde solution (45) puisque, d'une part il annulait les mesures de réfection spontanément prises par l'administration parce que le premier requérant avait seulement demandé l'annulation du tableau et de l'une des opérations fondées sur lui (Caussidéry), tandis que, d'autre part, il annulait le refus opposé par l'administration de recommencer les opérations fondées sur un tableau qui avait pourtant été annulé par voie de conséquence et régulièrement refait sans modification, pour la raison que la première annulation avait concerné et le tableau, et les mesures subséquentes fondées sur lui (Cru).

C'est dire qu'il semble désormais utile de rechercher si « le dispositif peut prendre une portée réelle plus étroite ou plus large que celle résultant de la lettre des termes utilisés pour le libeller » (46) ; cette portée résulte directement des conclusions, qui définissent l'objet de la demande, librement et de façon plus ou moins large pour deux actes analogues (47). L'examen d'une jurisprudence voisine conduit d'ailleurs à dégager la même solution.

2° *Les annulations relatives.*

Elles diffèrent des annulations partielles en ce que, à la différence de ces dernières, elles portent sur la totalité de l'acte administratif critiqué; mais elles n'ont d'effet qu'à l'égard du deman-

(44) Conclusions sous Cru, D. 6955-198.

(45) C'est très juridiquement à notre avis qu'il a refusé de suivre son commissaire du gouvernement. Ce dernier en effet paraît avoir confondu dans ses conclusions la cause d'une décision juridictionnelle et la cause d'un acte administratif ; or il nous semble qu'il y a là deux notions, sinon irréductibles, du moins différentes.

(46) Jacomet, conclusions précitées.

(47) Pour déterminer l'exacte portée de la chose jugée, il faut encore en dégager la cause. Sur ce point, cf. *infra*, II° partie, titre III.

(48) Aubry et Butot, 10 juin 1910, R.D.P. 1910, p. 682 (note critique Jèze).

deur et n'affectent pas la situation des tiers. Leur origine remonte à deux arrêts Aubry et Butot (48), la jurisprudence se maintenant depuis constante (49).

De nombreuses controverses se sont élevées à son propos, Duguit allant jusqu'à écrire qu'il y avait là un acte de juridiction subjective et que « ici, il n'y a point un recours pour excès de pouvoir, quelle que soit la qualification que l'on donne à l'instance » (50). M. Weil en a fait le point dans sa thèse, en montrant que, annulant de façon relative l'avantage accordé à un concurrent, le juge de l'excès de pouvoir annulait en réalité le refus opposé par l'administration d'accéder à la requête du demandeur (51). Aussi bien n'est-ce pas directement le problème des effets de la chose jugée sur excès de pouvoir qui nous intéresse dans cette jurisprudence, mais la façon dont elle manifeste que les conclusions des parties peuvent, à propos d'un même acte de nomination, avoir une portée différente suivant qu'elles visent à une annulation pure et simple ou seulement à une annulation relative.

B. — Les conclusions saisissent le tribunal et mettent la cause en état d'être jugée.

Comme toute autre juridiction, les tribunaux administratifs saisis d'un recours pour excès de pouvoir doivent répondre à tous les chefs de demande exposés par le requérant, en les visant et en les analysant (52) et ils ne peuvent statuer que sur les points soulevés par les conclusions, tout au moins en principe.

1° *Les conclusions mettent la cause en état d'être jugée.*

En effet, lorsqu'elles ont été déposées par les parties, l'affaire est considérée comme en état d'être jugée. Il faut justifier cette proposition, qui ne ressort pas directement des arrêts fort laconiques sur ce point, et se déduit plutôt des conclusions (53).

On sait qu'une affaire est considérée comme en état lorsque toutes les parties ont déposé des conclusions au fond (54), lorsque

---

(49) Glèze, 20 décembre 1912, R. 1219; Micaelli, 31 janvier 1913, R. 134; Bidault, 17 mars 1913, R. 358; de Taillandier, 9 décembre 1917, R. 142; Truc, 22 mars 1919, R. 299; Graziani, 3 décembre 1926, R. 1043; Dongnac, 12 novembre 1949, R. 477; Leprêtre, 18 février 1955, R. 97; Bernardet, 1er juillet 1955, R. 377, etc.

(50) T. III, p. 467.

(51) Weil, thèse précitée, pp. 93 et suiv.

(52) Moine, 31 décembre 1919, R. 973; Tremeau, 1er avril 1955, R. 192.

(53) Cf. notamment : Laurent, conclusions sous Offner, Section, 18 février 1955, R. 101, et sous Blang, Assemblée, 4 janvier 1957, A.J. 1957-2-107; Lasry, conclusions sous Mathias, 12 octobre 1956, A.J. 1956-2-413; Mosset, conclusions sous Mantega, 18 janvier 1957, A.J. 1957-2-201.

(54) Article 473 du Code de procédure civile.

les poursuites pénales (55) ou disciplinaires (56) ont été régulièrement intentées. Mais, dans le contentieux administratif, la question est plus complexe à raison du caractère inquisitoire de la procédure et de l'autonomie encore conservée par le recours pour excès de pouvoir.

Dans la matière de l'excès de pouvoir, la question s'est posée lorsqu'il a fallu déterminer si le Conseil d'Etat pouvait faire usage de son pouvoir d'évocation comme juge d'appel, quelles affaires il convenait de renvoyer aux tribunaux administratifs en application de l'article 4 du décret du 30 septembre 1953 portant réforme du contentieux administratif (57), dans quels cas appliquer la réduction de droits prévue pour les désistements survenus avant que l'affaire ait été en état (58) ; si le décès de l'une des parties avait ou non suspendu la procédure (59), si le tribunal était saisi (60).

Par un fâcheux hasard, aucune des affaires dont a connu jusqu'ici la Haute Juridiction ne lui a donné l'occasion d'affirmer nettement ce qu'il fallait entendre par affaire en état.

Mais un premier point semble certain : il ne faut pas distinguer à ce sujet entre le recours pour excès de pouvoir et le recours de plein contentieux. Cette solution résulte d'abord de l'article 4 du décret du 30 septembre 1953 et de l'article 45 de la loi du 4 août 1956 (61) ; aucun de ces deux textes en effet ne distingue entre les deux types de recours. Elle résulte en second lieu de la décision Mathias, où le Conseil d'Etat n'a pas marqué la distinction que lui proposait son commissaire du gouvernement (62).

Un second point résulte des espèces Mantega et Blang telles qu'elles sont éclairées par les conclusions : c'est à la date où le défendeur a présenté ses observations ou à l'expiration du délai accordé pour ce faire que l'affaire est en état. De ce principe se déduisent les solutions applicables à l'expertise (date de l'expiration du délai fixé aux parties pour prendre connaissance du rapport) et au cas où des communications sont prescrites à plusieurs intéressés (même règle que pour le défendeur).

---

(55) Cass. crim., 28 décembre 1950, D. 1951-114.
(56) Offner, précité.
(57) Cf., par exemple, Martin, 14 décembre 1956, R. 479.
(58) Article 45 de la loi du 4 août 1956; cf. Mathias, précité.
(59) Article 62 de l'ordonnance du 31 juillet 1945; cf. Blang, précité
(60) Mantega, précité.
(61) Qui renvoie aux articles 22 à 28 de la loi du 23 juillet 1947 sur la Cour de cassation, ce qui peut sembler de mauvaise méthode puisque le décret de 1953 contenait une définition mieux adaptée au contentieux administratif.
(62) Cf., sur ce point, Fournie et Brabant, A.J. 1956-2-415 (*in fine*).

En dépit du caractère inquisitoire de la procédure administrative, on voit donc que ce sont les conclusions des parties, et plus spécialement celles du défendeur (63), qui déterminent la date à laquelle une affaire est en état, c'est-à-dire le moment où elle peut et doit être jugée.

2° *Les conclusions obligent le tribunal à statuer.*

Une règle classique qui régit le déroulement de tout procès entre parties, c'est que le juge ne peut statuer que dans la limite des conclusions déposées par les parties. Son corollaire est le principe d'immutabilité de l'instance, qui interdit aux parties de modifier l'objet de leur demande une fois les conclusions déposées, c'est-à-dire, en ce qui concerne le recours pour excès de pouvoir, après l'expiration du délai de deux mois (64).

Mais, si le juge de l'excès de pouvoir ne peut en principe statuer *ultra petita* (65), il faut cependant noter qu'il lui arrive en certains cas de rectifier les conclusions déposées par les parties. Faut-il en conclure que le rôle de ces dernières en est considérablement réduit, qu'elles perdent leur principal attribut qui est de définir l'objet de la demande ? Nullement ; l'exception n'est qu'apparente et confirme la règle en ce qu'elle n'a été créée et n'est appliquée que pour mieux sanctionner le principe : la seule rectification de conclusions effectuée par le Conseil d'Etat est en effet celle qui a pour résultat de restituer à la demande son objet, qu'une erreur du requérant ou une manœuvre de l'administration avait soustrait en la forme au contrôle du juge de l'excès de pouvoir bien que la volonté du demandeur se soit nettement exprimée.

Il en est ainsi dans deux séries de cas, où le caractère inquisitoire de la procédure administrative permet au juge de statuer sur l'objet clairement soumis à son examen par le plaideur quoique la lettre de la requête ne l'y autorise pas exactement.

Il en est d'abord ainsi lorsque le requérant a commis une erreur. Cette erreur peut être d'ordre matériel; ainsi du requérant qui vise dans ses conclusions une lettre que lui adressait le ministre au lieu de viser l'arrêté notifié par la lettre produite : le Conseil

---

(63) Celles du demandeur ne posent en effet aucun problème puisqu'elles sont contenues dans la requête. Il n'en va pas de même en procédure civile, où l'assignation ne contient pas les conclusions définitives du demandeur.

(64) Sur le premier point, cf. par exemple TRICOT, conclusions sous Préfet de police contre Roulois et Ville d'Alger contre Maouch, Section, 22 février 1957, S. 1957-3-165 ; sur le second point, Secrétaire d'Etat au Budget contre Société K..., 13 juillet 1955, R. 430, et *infra*, titre II, chap. III.

(65) Au moins une fois pourtant, le Conseil d'Etat a statué *ultra petita*, tant il était indigné de la déloyauté manifestée par l'administration (Trépont, 20 janvier 1922, R. 65).

d'Etat a admis qu'il convenait de redresser les conclusions sur ce point car très évidemment le capitaine Hubert avait voulu se pourvoir contre l'arrêté le mettant en réforme par mesure disciplinaire (66). L'erreur peut aussi être d'ordre juridique; le Conseil d'Etat la répare également (67). Par exemple, il n'a pas hésité, dans une affaire assez complexe, à considérer des conclusions d'appel comme constituant en réalité un recours pour excès de pouvoir (68) et M. Landron estimait possible d'interpréter une requête dirigée contre une promotion comme dirigée aussi contre l'arrêté portant inscription au tableau d'avancement (69).

Dans un seconde série d'hypothèses, c'est le fait de l'administration qui conduit le juge de l'excès de pouvoir à modifier la portée de la requête pour pouvoir statuer sur l'objet clairement défini par les conclusions. Il s'agit des cas où, au cours de l'instance, l'administration rapporte tout ou partie de l'acte critiqué; si la décision administrative qui rapporte celle ayant fait l'objet du recours comporte encore des éléments faisant grief au demandeur ou lui substitue de nouveaux sujets de grief, le Conseil d'Etat admet, au terme d'une évolution clairement retracée par M. Lenoan (70), que les conclusions doivent être regardées comme dirigées contre toutes les décisions connexes à celles visées dans la requête, qu'elles soient antérieures ou postérieures (71).

Section II

LES CONCLUSIONS RÈGLENT LA MARCHE DU LITIGE

La procédure administrative est inquisitoire; ce caractère est trop connu pour justifier des développements. Mais il ne concerne directement que l'instruction des requêtes — modes de preuve, communications — qui, d'ailleurs, « ne s'oppose pas de manière

(66) Hubert, Section, 20 septembre 1955, R. 450 (conclusions Landron). *Adde*, dans un sens encore plus libéral, mais toujours dans le même esprit : Marchand, Section, 6 mai 1955, R. 243.

(67) Il faut d'ailleurs noter qu'il en est de même au plein contentieux (dame Vve Martin, 27 mai 1955, R. 306).

(68) Bourgade, 9 juillet 1948, R.P.J.U.F. 1948, p. 356 (conclusions Gazier).

(69) Conclusions sous dame André, Assemblée, 4 mars 1955, R. 126. La question étant sans influence pratique en l'espèce, le Conseil d'Etat ne l'a pas résolue dans son arrêté. *Adde :* Simonnet, 17 mai 1957, R. 314, conclusions Heumann.

(70) *La procédure devant le Conseil statuant au contentieux en premier et dernier ressort*, 1954, pp. 74 et suiv.

(71) Cuchet-Magnin, Section, 19 mai 1920, R. 296; Fortier-Maire, Fiard, Barbier, 19 avril 1950, R. 216.

essentielle à celle du contentieux ordinaire » (72) lorsqu'on se trouve dans le domaine du recours pour excès de pouvoir. Le problème de savoir qui, du juge ou des parties, mène le litige et conduit l'instance à son terme reste donc entier.

Contrairement à ce que laissent entendre la généralité des auteurs, ce sont les parties, et plus spécialement le demandeur, qui conduisent le litige au point de vue procédural, déterminant les chemins par où passer pour arriver à la destination finale, le jugement définitif. La physionomie générale du procès et son résultat concret peuvent donc être très différents suivant les initiatives prises; c'est dire que le demandeur et le défendeur ont le pouvoir, et jouent le rôle, de véritables parties.

Pour le montrer, il convient de distinguer la première instance des voies de recours.

§ 1. — En première instance.

En première instance, le pouvoir des parties sur la marche du litige peut actuellement s'exercer dans trois directions principales : le choix de la compétence, le recours à des procédures d'urgence, la possibilité de mettre fin au litige.

A. — Le choix du tribunal compétent par les parties.

Ce choix n'est possible que dans certaines hypothèses un peu exceptionnelles. Mais le seul fait qu'il puisse parfois être effectué prouve de façon éclatante que le demandeur est bien maître de l'instance; il en est d'autant plus ainsi que les dérogations conventionnelles à la compétence territoriale sont en principe interdites dans le contentieux administratif (73).

Le problème a été pleinement posé, et clairement résolu, par trois arrêts de Section rendus fin 1956 (74), confirmant une jurisprudence inaugurée dès 1955 (75) mais qui avait été vivement criti-

---

(72) Lenoan, *op. cit.*, p. 253.

(73) Pour une exception aux limites nettement marquées, cf. Chemins de fer de l'Etat contre Gauthereau, 1er août 1924, D. 1924-3-53 (conclusions Mayer) ; actuellement, l'article 5 du décret du 28 novembre 1953 dispose que la compétence territoriale est d'ordre public.

(74) Rousseau, 12 octobre 1956, R.D.P. 1956, p. 1303 (note Waline), A.J. 1957-2-44 (note Copper-Royer) ; Compagnie Le Phénix, dame Vve Loret, 7 décembre 1956, D. 1957.7 (conclusions Kahn), A.J. 1957.2.46 (note Copper-Royer). Dans le même sens, cf. : Mazuel, 7 novembre 1956, R. 417 ; Compagnie d'assurances Motor Union, 7 janvier 1957, A.J. 1957-2-47. *Adde :* R.P.D.A., novembre et décembre 1957, « La compétence à l'intérieur de la juridiction administrative », nos 25 à 34.

(75) Chauveau, 9 novembre 1955, A.J. 1956-2-1 (conclusions Bernard) ; Magisson, 3 décembre 1955, R. 413; Dombret, 20 janvier 1956, R. 27 (sol. impl.).

quée (76). Il s'agissait d'interpréter les dispositions des articles 4 à 16 du décret du 28 novembre 1953 fixant la compétence territoriale des tribunaux administratifs.

L'article 14 distingue à ce sujet entre les décisions individuelles (tribunal du lieu de la nouvelle, ou de la dernière, affectation) et les décisions collectives (tribunal dans le ressort duquel a son siège l'auteur de la décision attaquée). Le sieur Rousseau attaquait la décision de dégagement des cadres qui le licenciait ainsi que plusieurs collègues. Le Conseil d'Etat estima que le tribunal compétent était celui du lieu de la dernière affectation car le requérant « n'attaquait que la seule décision de dégagement des cadres prise à son encontre ». Sans critiquer la notion de décision individuelle appliquée en l'espèce (77), il faut conclure que, dans toute la mesure où le demandeur entendra se pourvoir contre les résultats d'un concours ou la confection d'un tableau d'avancement (78), il sera libre de choisir le tribunal qui statuera sur sa requête : tribunal administratif de Paris s'il attaque le tableau ou la liste dans son ensemble (79), tribunal administratif local s'il préfère, dans la mesure où c'est possible, se borner à critiquer la mesure collective en tant qu'elle constitue une décision individuelle lui refusant l'inscription ou l'admission (80).

Les arrêts Compagnie Le Phénix et dame veuve Loret posaient pour leur part des problèmes plus complexes (81).

L'article 4 du décret prévoit : « Lorsqu'il n'en est pas disposé autrement par les articles 7 à 16 du présent décret ou par un texte spécial, le tribunal administratif territorialement compétent est celui dans le ressort duquel a légalement son siège l'autorité qui... a pris la décision attaquée », tandis que l'article 2 (5°) du décret du 30 septembre 1953 dispose : « Le Conseil d'Etat est compétent en premier ressort pour connaître des litiges nés hors des territoires

(76) KAHN, conclusions précitées.

(77) Cf., sur ce point, les notes précitées de MM. WALINE et COPPER-ROYER.

(78) Ces deux hypothèses sont citées, par l'article 14, comme des exemples de décisions collectives.

(79) Tout au moins dans tous les cas, les plus fréquents, où c'est le ministre qui a signé ces actes.

(80) L'hypothèse est loin d'être théorique. Pour un candidat refusant d'attaquer les résultats d'un concours dans leur ensemble, cf., par exemple, Chouffot, 12 novembre 1954, R.P.D.A., 1955, p. 5 (conclusions LAURENT) ; pour le cas d'un tableau d'avancement, cf. Bernardet, 1er juillet 1955, R. 377. *Adde :* l'ensemble des annulations relatives.

(81) Nous préférons raisonner sur ces deux arrêts, quoiqu'il s'agisse d'affaires de plein contentieux, parce qu'ils sont éclairés par les conclusions de M. KAHN. Mais la solution est exactement la même dans le domaine de l'excès de pouvoir (cf. Chauveau, Magisson, Mazuel, précités).

soumis à la juridiction des tribunaux administratifs. » En présence de ces textes, le Conseil d'Etat a décidé (82) qu'il fallait déterminer la compétence en cherchant successivement à appliquer les articles 7 à 16 et 4 du décret du 28 novembre, puis l'article 2 (5°) du décret du 30 septembre, au lieu d'appliquer comme le lui proposait M. Kahn (83), l'article 2 (5°), puis l'article 4, puis les articles 7 à 16.

En conséquence, lorsque le litige naît en un lieu qui n'est rattaché au ressort d'aucun tribunal administratif (Maroc, Egypte, Sénégal, Londres, Nouvelle-Calédonie, etc...), les articles 7 à 16 ne donnent aucune solution mais le Conseil d'Etat n'est pas forcément compétent car, avant d'appliquer l'article 2 (5°) du décret du 30 septembre, il faut essayer d'utiliser l'article 4 du décret du 28 novembre : si l'autorité qui a pris la décision critiquée est une autorité centrale, le tribunal compétent sera le tribunal administratif de la Seine; s'il s'agit d'une autorité locale, le Conseil d'Etat. Dès lors, le choix entre le tribunal de la Seine et le Conseil d'Etat est laissé à la discrétion du demandeur dans tous les cas où ce dernier peut choisir l'acte qu'il entend critiquer : décision d'un représentant local du gouvernement ou décision du ministre; il suffit pour cela qu'il soit libre de solliciter une mesure de son supérieur direct ou du ministre (84).

B. — Le recours a des procédures d'urgence.

Le législateur a récemment élargi, dans la procédure administrative, les mécanismes du référé et du sursis, qui, s'ils sont encore à leur période de rodage, sont des manifestations de la tendance signalée par M. Lenoan en conclusion de son ouvrage (85) : « L'évolution que la procédure devant le Conseil d'Etat a suivie parallèlement au développement du droit administratif a été dominée

---

(82) En un considérant constant : « Au cas où les articles 7 à 16 n'attribuent compétence à aucun tribunal administratif, il convient de se référer aux prescriptions de l'article 4 ; c'est seulement si l'application de celles-ci ne permet pas de déterminer un tribunal administratif territorialement compétent que le litige doit être regardé comme né hors des territoires soumis à la juridiction des tribunaux administratifs et entre, à ce titre, dans la compétence en premier et dernier ressort du Conseil d'Etat, par application de l'article 2 (5°), du décret du 30 septembre 1953. »

(83) M. Rivero avait proposé la même solution que le commissaire du gouvernement (in « La réforme du contentieux administratif », R.D.P. 1953, p. 929).

(84) Le Conseil d'Etat a cependant limité la portée de cette jurisprudence en décidant que, dans les cas où un recours hiérarchique a précédé le recours contentieux, la compétence devait être fixée eu égard à la décision initiale (Piétri, 5 juin 1957, R.P.D.A. 1957, n 265; dame Aknin, 5 juillet 1957, R. 448).

(85) *Op. cit.*, p. 305.

par la volonté de réduire l'inégalité originaire par le jeu de certaines règles procédurales tendant à contrebalancer, dans une mesure aussi large que possible, l'infériorité du plaideur. »

Quelques mots suffiront à rappeler les aspects pratiques de ces deux procédures, qui ont été abondamment étudiées et commentées (86).

1. — *Le référé administratif.*

On sait que l'introduction du référé dans la procédure administrative était souhaitée par une doctrine qui trouvait à juste titre que l'article 24 de la loi du 22 juillet 1889 sur le constat d'urgence (utilisé seulement à propos des affaires de travaux publics) et les articles 9 et 17 des décrets des 6 et 17 septembre 1926 sur l'expertise étaient nettement insuffisants pour permettre aux plaideurs de demander au juge les décisions très rapides que les circonstances imposent parfois (87). Elle fut réalisée par une loi du 28 novembre 1955, modifiant l'article 24 de la loi de 1889. Désormais, « dans tous les cas d'urgence, et sauf pour les litiges intéressant l'ordre et la sécurité publique, le président du tribunal administratif... peut ordonner toutes mesures utiles sans faire préjudice au principal et sans faire obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative ».

Dans les arrêts qu'elle a rendus depuis cette loi, la juridiction administrative a eu d'abord l'occasion de préciser que la loi de 1955 n'avait pas créé « une juridiction nouvelle distincte du tribunal administratif mais seulement organisé, dans le cadre de ce tribunal, une procédure particulière » (88), de déterminer comment apprécier la recevabilité des demandes (89), quels sont les pouvoirs du juge des référés (90) et quelle est sa compétence (91). Sans entrer dans le détail d'une jurisprudence aride et dont l'exposé

(86) Cf. notamment, GABOLDE, *Petit Manuel des procédures d'urgence suivies devant le tribunal adminisratif*, 1956, et les références citées.

(87) Cf. la bibliographie de cette doctrine in GABOLDE, *op. cit.*, p. 7.

(88) Secrétaire d'Etat à la Reconstruction contre consorts Piéton-Guibout, T.A. Caen, 11 février 1956, A.J. 1956-2-65 (conclusions DELBÈQUE) ; C.E., Section, 13 juillet 1956, A.J. 1956-2-321 (conclusions CHARDEAU) et 399 (note FOURNIER et BRAIBANT), R.D.P. 1957, p. 296 (note WALINE).

(89) Piéton-Guibout, précité; Saporta, 12 octobre 1956, Section, A.J. 1956-2-410 (conclusions LONG) ; Commune de Fontanes, 12 décembre 1956, A.J. 1957-2-52; Sous-secrétaire d'Etat à la Marine marchande, 10 mai 1957, A.J. 1957-2-246 (conclusions LONG).

(90) Office public d'H.L.M. de la Seine, Section, 13 juillet 1956, A.J. 1956-2-312 (conclusions CHARDEAU), R.D.P. 1957, p. 301 (note WALINE) ; Secrétaire d'Etat à la Reconstruction contre demoiselle Dubreuil, 17 février 1956, R. 484.

(91) Demoiselle de la Gournerie, T.A. Caen, 20 février 1956, R. 413; Hospices civils du Puy, T.C., 25 mars 1957, A.J. 1957-2-284; Ville de Royan, Section, 15 mai 1957, R.D.P. 1958, p. 109 (conclusions LASRY), A.J. 1957-2-393 (note FOURNIER et BRAIBANT).

ne nous apprendrait rien de particulier à notre propos (92), il faut marquer que le recours à cette procédure d'une part manifeste à l'évidence que le plaideur dispose au cours de l'instance d'un véritable pouvoir, d'autre part montre l'unité profonde de la situation du demandeur; lorsqu'il introduit son référé (cherchant à réunir et conserver des preuves, demandant le sursis, etc.), ce dernier est en effet libre d'intenter ensuite un recours pour excès de pouvoir ou un recours de plein contentieux, voire de renoncer à tout recours (93). C'est une raison supplémentaire de penser que l'instance, ouverte par un référé, ne change pas de nature intrinsèque suivant que le requérant se borne ou non à demander une annulation.

2. — *Le sursis à exécution des décisions administratives.*

Il s'agit d'une procédure fort ancienne (94) mais dont l'intérêt a été accru par l'article 9 du décret du 30 septembre 1953 qui en a autorisé l'utilisation devant les tribunaux administratifs régionaux. Quoique peu utilisée par les particuliers (95), à raison sans doute des conditions strictes maintenues par le Conseil d'Etat, elle est trop connue pour que nous y insistions (96). Il faut cependant en dégager la signification.

Apprécié par rapport au caractère non suspensif de recours pour excès de pouvoir, le sursis y constitue une exception qui joue le même rôle et relève de la même nature que l'exécution provisoire en procédure civile (97). Cette constatation permet de conclure que le demandeur à l'excès de pouvoir — car c'est presque toujours en matière d'excès de pouvoir que le sursis est demandé — dispose d'un pouvoir qui est loin d'être négligeable et dont l'exercice peut changer du tout au tout la physionomie d'une instance donnée.

---

(92) Cf., pour le détail : Bonneau, « Contribution jurisprudentielle à l'essor du référé administratif », R.P.D.A. 1957, p. 142.

(93) Il faut cependant noter que, dans la mesure où aucun recours pour excès de pouvoir n'est encore introduit, le référé doit être présentée par un avocat (Saporta, précité) ; mais cette obligation laisse entière la liberté du demandeur quant à son recours ultérieur.

(94) Elle remonte, en effet, pour le Conseil d'Etat, au décret de 1806.

(95) Cf. G. Weill, « Les premiers résultats de la réforme du contentieux administratif », E.D., p. 131 : « Les demandes de sursis à exécution d'une décision administrative demeurent en nombre infime : de 1 à 8 en 1955 devant les tribunaux de province. »

(96) Cf. Tourdias, *Le sursis à exécution dans les décisions administratives*, thèse Bordeaux, 1956, T. X de la Bibliothèque de droit public; Gabolde, *Petit manuel*, précité ; Waline, p. 211 ; *Grands arrêts*, pp. 215 et 387, etc.

(97) Cf. *supra*, titre préliminaire. *Adde* : Baugas, *L'exécution provisoire*, Editions Cujas, 1958.

C. — La possibilité de mettre fin au litige.

Le demandeur peut en outre mettre fin à l'instance qu'il a engagée, en acquiesçant ou en se désistant. Nous avons déjà exposé la portée et la signification de ce pouvoir (98) ; il est donc inutile d'y revenir ici.

§ 2. — Les voies de recours.

La seule possbilité d'utiliser des voies de recours prouve bien entendu que les conclusions règlent la marche du litige et que demandeur et défendeur jouissent de tous les pouvoirs de véritables parties. Encore faut-il examiner si l'aménagement interne des diverses voies de recours est tel que l'action en excès de pouvoir soit assimilable aux actions du droit privé ou, tout au moins, au recours de plein contentieux. Il en est bien ainsi à notre avis, tant pour l'appel que pour l'opposition, la tierce opposition et certaines voies de recours moins importantes.

a) L'appel.

En généralisant le double degré de juridiction, la réforme de 1953 a posé bon nombre de problèmes techniques. Les solutions que leur a données le Conseil d'Etat ont consacré le rapprochement du recours pour excès de pouvoir avec les autres types de procès car l'appel y est désormais possible; ses conditions comme ses effets montrent que l'action en excès de pouvoir a perdu l'essentiel de son autonomie procédurale.

1. — *Les conditions de l'appel.*

Certaines d'entre elles tiennent aux formes et aux délais, d'autres aux jugements susceptibles d'appel. Elles ne se présentent pas différemment, en dehors de la dispense du ministère d'avocat, pour le recours pour excès de pouvoir et pour le recours de plein contentieux; et, dans les deux cas, « elles révèlent une parenté — qui semble aller en s'accentuant — entre l'appel civil et l'appel administratif » (99). Il en va de même pour les conditions relatives aux personnes qui peuvent faire appel. Mais la portée de ces dernières conditions est considérable.

---

(98) Cf. *supra*, titre préliminaire.

(99) Guy Feuer, « Contribution à une théorie de l'appel dans la procédure administrative », R.D.P. 1958, pp. 19 et suiv., spécialement p. 27. Sur l'abandon de la règle « nul ne se forclot soi-même », cf. Compagnie française des automobiles de place, 2 mars 1956, D. 1956-268 (conclusions Chardeau), A.J. 1956-2-117 (note Copper-Royer), R.P.D.A., avril-mai 1957 (Gabolde, « La notification et la signification des jugements des tribunaux administratifs et le délai de l'appel au Conseil d'Etat »).

On sait en effet qu'à la condition d'y avoir intérêt à raison du dispositif adopté par les premiers juges (100), et sous réserve de déterminer l'autorité administrative qui a le pouvoir de faire appel (101), le demandeur et le défendeur peuvent soumettre au Conseil d'Etat tous les recours pour excès de pouvoir jugés en premier ressort par un tribunal régional. C'est dire qu'ils se conduisent, et sont considérés par la jurisprudence, comme de véritables parties; il est en effet de doctrine, et de jurisprudence constante, que le droit de faire appel dans un litige donné est réservé aux parties.

Reste alors à se demander si les effets produits par l'appel dans une instance en excès de pouvoir sont tels qu'il soit possible d'assimiler le pouvoir exercé par les parties à ce type de recours à celui exercé par les plaideurs de droit privé ou de plein contentieux.

2. — *Les effets de l'appel.*

En matière administrative, l'appel n'a pas d'effet suspensif; nous avons déjà expliqué pourquoi et comment cette règle, sous des dehors trompeurs, était identique à celle suivie en procédure civile (102). En ce qui concerne l'effet dévolutif de l'appel et le pouvoir d'évocation que se reconnaît le Conseil d'Etat, les règles apparaissent légèrement différentes de celles suivies en procédure civile, mais un point doit dès l'abord être nettement marqué : elles sont identiques au plein contentieux et en excès de pouvoir, tout au moins en l'état actuel de la jurisprudence et de la doctrine (103).

L'effet dévolutif de l'appel, résumé par la règle *tantum devolutum quantum appellatum* pose, outre la question des demandes nouvelles (104), celle de savoir dans quelle mesure le tribunal supérieur est tenu de vider le litige qui lui est soumis. En droit privé, il ne fait pas de doute que l'acte d'appel « saisit le tribunal d'appel et crée pour lui le pouvoir et l'obligation de juger le procès, de maintenir ou d'infirmer en tout ou en partie le jugement attaqué, et, en cas d'infirmation, de lui substituer une décision nouvelle » (105). Il en est de même en procédure administrative,

---

(100) Secrétaire d'Etat aux Affaires économiques contre Deporte, 29 avril mons, 22 mars 1957, R. 198 ; Secrétaire d'Etat aux Forces armées contre Société mous, 22 mars 1957, R. 198; Secrétaire d'Etat aux Forces armées contre Société France Auto-Cycle, Section, 25 février 1957, A.J. 1957-2-451.

(101) Cf. *infra*, titre II, chap. II.

(102) Cf. *supra*, titre préliminaire.

(103) Feuer, *op. cit.*; Drago, « L'évocation dans la procédure administrative », R.D.P. 1957, p. 453.

(104) Cf. *infra*, II[e] partie.

(105) Glasson et Tissier, *Traité de Procédure*, 3[e] édition, T. III, p. 340.

au moins depuis un arrêt Dellières (106) suivant lequel le tribunal d'appel qui, après avoir réformé un jugement, renverrait l'affaire devant le juge du premier degré, méconnaîtrait l'effet dévolutif de l'appel et encourrait la cassation (107).

Quant au problème de l'évocation, ses solutions présentent certains caractères propres au droit administratif (108). Mais il n'y a rien là qui affecte, dans un sens ni dans l'autre, le pouvoir d'action et la situation des parties; c'est une question qui concerne le juge et ses pouvoirs mais est largement en dehors de notre sujet. Aussi bien les principes sont-ils très voisins de ceux appliqués en procédure civile puisque, comme le note M. Drago au terme d'une analyse approfondie de la jurisprudence : « Il n'y aura vraiment évocation que lorsque le jugement de première instance aura été annulé pour des motifs qui ne tiennent qu'à lui, indépendamment du litige qu'il a tranché... Dans tous les autres cas, lorsque le juge d'appel se prononce, il est saisi en vertu de l'effet dévolutif c'est-à-dire qu'il ne peut examiner le litige qu'à travers la décision des juges de première instance. »

b). L'opposition et la tierce opposition.

Ce sont les deux plus importantes des voies de rétractation ouvertes devant le juge de l'excès de pouvoir. Sans examiner ici leur signification au point de vue du droit subjectif en discussion (109), il convient de marquer leur importance en ce qui concerne les pouvoirs des plaideurs.

1. — *L'opposition.*

Le droit de former opposition est ouvert, même sans texte (110) à chacune des deux parties (111), dès lors qu'elle n'a pas présenté de conclusions valables en première instance. Prévue par les arti-

---

(106) Dellières, 23 décembre 1955, R. 607.

(107) M. Feuer, dans son article précité, mentionne il est vrai un arrêt dame Vve Cousin (17 décembre 1957, R.D.P. 1957, p. 336) par lequel le Conseil d'Etat n'a réformé que partiellement la décision rendue par le tribunal administratif et, l'état de l'instruction ne lui permettant pas de statuer sur le montant de l'indemnité réclamée, a renvoyé l'affaire devant les premiers juges pour qu'ils statuent sur ce point. Mais d'une part il paraît hasardeux de fonder une théorie sur une décision isolée qui n'est même pas mentionnée au *Lebon;* d'autre part, si cette jurisprudence était confirmée, elle ne concernerait que le recours de plein contentieux où, paradoxalement, les parties apparaîtraient ainsi avec moins de pouvoir que dans l'action en excès de pouvoir.

(108) Cf. Drago, *op. cit.*

(109) Cf. *infra,* II[e] partie.

(110) Cf., en dernier lieu : Desseaux, Section, 12 octobre 1956, R. 364.

(111) Pour le défendeur, cf. *infra,* titre II ; pour un tiers mis en cause, cf. Ackein, 9 décembre 1932, R. 1060. Le demandeur ne peut évidemment pas faire opposition, car l'arrêt ne peut être rendu par défaut à son sujet.

cles 72 à 74 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 (Conseil d'Etat) et les articles 52 à 55 de la loi du 22 juillet 1889 (tribunaux administratifs), l'opposition réussit rarement (112), mais est de nature à faire déclarer non avenue la décision initiale du Conseil d'Etat, l'affaire étant entièrement rejugée.

Après la communication de l'opposition à l'adversaire, selon les procédés requis pour la requête initiale, toutes les autres phases de l'instance sont conformes à la première instruction; le procès reprend.

2. — *La tierce opposition.*

C'est une voie de recours ouverte aux tiers contre les arrêts qui préjudicient à leurs droits; prévue par l'article 79 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 et l'article 56 de la loi du 22 juillet 1889, la tierce opposition émane d'une partie étrangère à l'instance (113) qui, sans condition de délai, demande au juge de première instance de réexaminer complètement l'affaire. Ouverte même contre les arrêts de rejet (114), elle semble depuis peu admise sans difficulté par le Conseil d'Etat (115).

c) Le recours en révision, le recours en rectification d'erreur matérielle.

Il s'agit de voies de rétractation existant seulement devant le Conseil d'Etat; leur intérêt pratique est relativement faible. Et leur seul intérêt théorique est de confirmer que les parties au recours pour excès de pouvoir sont dans la même situation et bénéficient des mêmes pouvoirs que les parties au recours de plein contentieux.

CONCLUSION

Au terme de ce premier titre, il semble possible d'affirmer que l'exercice du recours pour excès de pouvoir ouvre un litige où chacun des plaideurs joue le même rôle et dispose des mêmes pouvoirs que les parties du procès de droit privé ou de plein contentieux. C'est d'ailleurs ainsi que l'entend M. Vedel : « Le droit procédural n'est pas un droit théorique, c'est un droit qui doit refléter la pratique. Or, en pratique, malgré son particularime, le

(112) Cf., cependant, Ackein, précité.

(113) Compagnie des Chemins de fer P.L.M., 21 janvier 1938, R. 70 (conclusions Josse).

(114) Demay, 3 décembre 1955, R. 574.

(115) Ville de Vichy, Section, 8 juillet 1955, R. 396; Floch, Section, 18 octobre 1957, A.J. 1957-2-480 (conclusions Grevisse).

recours pour excès de pouvoir est un recours dans lequel il y a réellement des parties » (116).

Encore faut-il, pour autoriser une assimilation complète en ce qui concerne le pouvoir d'agir, marquer que l'attribution de l'action se réalise de façon subjective.

(116) Cours de droit administratif, professé à la Faculté de Paris en 1953-1954, p. 604.

TITRE II

L'ACTION EN EXCES DE POUVOIR EST ATTRIBUEE SUBJECTIVEMENT

Le problème est de dégager le contenu et la nature de *la qualité* exigée pour agir, activement ou passivement, en excès de pouvoir.

a) L'emploi de ce terme est loin d'être classique. Le Conseil d'Etat l'utilise rarement et, quant il le fait, ne lui accorde pas une signification technique précise. Il confond en effet deux notions différentes de la qualité déclarant aussi bien : le requérant a « intérêt et donc qualité » que « intérêt en cette qualité ». Pourtant, « toute la question est de savoir si la qualité d'habitant de l'un des Etablissements français de l'Inde donne au sieur Gaebelé un intérêt suffisant et, par suite, qualité pour attaquer l'arrêté » (1). La qualité est ici l'aboutissement d'un raisonnement en trois étapes et la minutie de ce raisonnement donne la certitude que cette notion correspond à une signification précise quoique, dans la très grande majorité des arrêts ou des conclusions, seul l'intérêt soit mentionné; mais ce dernier fait explique que la doctrine se soit peu penchée sur le problème de la qualité.

La doctrine en effet a rarement étudié la qualité pour agir en excès de pouvoir. Et quand les auteurs emploient ce terme, c'est

(1) Conclusions LAURENT sous Gaebelé, Section, 2 avril 1954, *Penant* 1954, p. 262.

pour analyser successivement sous le nom de qualité l'intérêt et la capacité (2). Dans ce cas d'ailleurs, il vaudrait mieux s'abstenir car la capacité est une notion parfaitement hétérogène à l'intérêt et tout à fait distincte de qualité. Certes, elle est une condition relative la personne qui saisit le juge mais tandis que la qualité est une condition d'existence de l'action, la capacité est seulement une condition de validité de l'instance. C'est d'ailleurs ce que remarquait le commissaire du gouvernement Riboulet dans ses conclusions sous l'arrêt dame Polier (3) : « L'action de cassation administrative (4) n'est pas fonction de la capacité juridique de celui qui l'intente. » On ne saurait donc placer ces deux notions sur le même plan : le défaut de qualité affecte le pouvoir d'agir lui-même, l'existence de l'action, le défaut de capacité affecte l'exercice de ce pouvoir. A raison du rôle particulier joué par le recours pour excès de pouvoir, le Conseil d'Etat se montre d'ailleurs peu exigeant sur la condition de capacité; il admet que le recours soit intenté par un demandeur sans personnalité civile (5), un incapable civilement (6), voire même par une personne inexistante (7). En revanche, il se montre intraitable sur la qualité.

b) L'analyse de ce terme est donc nécessaire, parce qu'il correspond à la rédaction des arrêts du Conseil d'Etat et qu'il répond bien à une notion théorique. Mais il faut prendre conscience du fait qu'il n'y a là pas seulement un jeu sur les mots. Remplacer la condition d'intérêt par celle de qualité, c'est aller plus loin qu'un simple changement de vocabulaire. Nous espérons en effet démontrer que les conditions mises par le Conseil d'Etat à la possibilité d'agir en excès de pouvoir doivent être appréciées subjectivement en la personne du plaideur (demandeur ou défendeur), sa situation s'analysant donc comme celle d'une véritable partie. Et nous voudrions convaincre que notre analyse, loin d'être un simple jeu de l'esprit, est dans une très large mesure indispensable à la bonne compréhension de la jurisprudence, notamment dans ses arrêts les plus récents.

---

(2) Odent, p. 540; de Laubadère, p. 351; Vedel, *Cours 1953-1954*, p. 624, etc.

(3) C.E., 21 mars 1919, R. 297.

(4) Il faut lire : « le recours pour excès de pouvoir ».

(5) Dame Polier, précité, à propos d'une association de dames de charité, non déclarée.

(6) Par exemple, l'héritier d'une hoirie sous séquestre.

(7) Association « La Légion des volontaires français », 26 mars 1954, R. 191, (sol. impl.) : possibilité de statuer sur le recours déposé par un groupement dissous en cours d'instance si l'affaire est en état. *Adde :* article 1er de la loi du 10 janvier 1936, autorisant une association dissoute à attaquer le décret de dissolution.

Mais il faut donner une définition de la qualité susceptible d'orienter les recherches. Dans sa thèse consacrée à cette notion, M. Gassin déclare : « La qualité est le titre requis de chacun des plaideurs par le droit positif pour mettre le juge en contact avec le fond du litige » (8). Et il poursuit : « Ce titre exprime une relation entre, d'une part les sujets de l'action en justice et, d'autre part, les sujets du droit litigieux en cas de contentieux subjectif ou les bénéficiaires de l'avantage poursuivi devant le juge en cas de contentieux objectif. Cette relation est déterminée par le droit positif en fonction du contenu de la prétention. » Mais cette définition est posée en admettant au départ qu'il n'existe pas de « partie » dans le recours pour excès de pouvoir et, notamment, pas de défendeur. Elle ne saurait donc guider nos recherches. Nous n'en retiendrons que la première phrace, prenant ainsi la qualité en son sens le plus général, celui qu'exprime Littré : « En jurisprudence, titre qui rend habile à exercer quelque droit. »

c) C'est en trois chapitres qu'il faut diviser ce titre :

Le premier consacré à la qualité du demandeur. Nul doute qu'il faille avoir qualité pour agir en excès de pouvoir; mais il faut rechercher quels sont exactement les éléments de la qualité requise et comment ils se combinent.

Le second est consacré à la qualité du défendeur.

Le troisième enfin consacré à présenter les règles en matière de délai; par nombre de leurs aspects, elles contribuent en effet à renforcer la manière subjective dont nous semble attribué le recours pour excès de pouvoir.

(8) Gassin, *La qualité pour agir en justice*, thèse Aix, 1955, p. 21.

CHAPITRE PREMIER

LA QUALITE DU DEMANDEUR

Nous voudrions, dans ce chapitre, montrer que l'attribution du pouvoir d'agir en excès de pouvoir est faite en fonction de considérations subjectives, c'est-à-dire en considérant la situation juridique du requérant eu égard à l'objet du litige.

La démonstration doit se poursuivre en trois temps, pour tenir compte des trois catégories différentes de demandeurs : individus, groupements, personnes administratives. Et nous pourrons constater que la qualité, définie et analysée sans difficulté pour les individus, est une notion qui explique parfaitement les conditions mises par la loi et la jurisprudence à l'action des personnes morales privées ou publiques demanderesses au recours pour excès de pouvoir; cette notion permet donc de résoudre le problème posé par M. Chenot dans ses conclusions sous l'arrêt Gicquel (1) : « La difficulté est aujourd'hui de définir en termes juridiques la limite que le souci d'une bonne administration de la justice impose au libéralisme du juge. »

Elle permet aussi de conclure au caractère subjectif présenté par l'attribution du droit d'agir. Pour définir la qualité exigée du demandeur au recours pour excès de pouvoir, il faut en effet combiner les notions d'intérêt et de grief. On a souvent noté cette

(1) Gicquel, 10 février 1950, R. 100.

liaison entre l'intérêt et le grief (2) mais une difficulté de terminologie a sans doute empêché d'en tirer la conséquence majeure : les conditions mises à l'exercice du droit d'agir sont de nature identique en droit privé et en droit administratif.

La terminologie processualiste distingue en effet, parmi les conditions tenant à la personne du demandeur, la qualité et l'intérêt; en droit administratif, on parle, pour désigner les mêmes qualités concrètes, d'intérêt et de grief. Les « équivalences », dont nous aurons à montrer qu'elles existent bien, sont donc :

Droit administratif		Droit privé
Qualité	=	Conditions tenant au demandeur
Intérêt	=	Qualité
Grief	=	Intérêt

Quels que soient les inconvénients d'une terminologie aussi fâcheusement inversée, nous n'y apporterons aucun changement au cours de nos développements, pour ne pas abandonner un vocabulaire administratif adopté depuis trop logntemps pour qu'il soit possible de l'abandonner sans engendrer la confusion.

Quant au problème de fond, il nous semble que l'intérêt est, comme la qualité du droit privé, une notion largement objective, déterminée avant que le plaideur n'intente son action; il faut seulement que le demandeur démontre qu'il participe personnellement à l'intérêt qu'il invoque. Le grief en revanche est, comme l'intérêt de droit privé, une notion typiquement subjective.

Section I

LE DEMANDEUR EST UN INDIVIDU

La jurisprudence, comme la doctrine, présente l'intérêt et le grief comme deux notions très voisines (3). Une analyse plus précise s'impose cependant : comment concevoir en effet qu'on puisse avoir intérêt à attaquer un acte qui ne fait pas grief et se trouver sans intérêt à attaquer un acte qui fait grief ? De telles situations

(2) Odent, p. 343 : « On retrouve ici sous un autre aspect la notion d'acte faisant grief. »

Waline, p. 447 : « Il y a donc un lien étroit entre cette notion de grief et celle d'intérêt justifiant le recours. »

Gorse, *L'acte de nature à faire grief dans le recours pour excès de pouvoir*, thèse Paris, 1951, p. 148 : « Les notions d'acte de nature à faire grief et d'intérêt dont doit justifier le requérant sont confondues. »

(3) Notamment, les arrêts du Conseil d'Etat rejettent les demandes en se fondant tantôt sur le manque d'intérêt, tantôt sur l'absence de grief.

existent pourtant. Mais une difficulté gêne la recherche et l'interprétation de la jurisprudence : le Conseil d'Etat semble préférer le terme général d'intérêt à celui de grief (4) et il emploie souvent « intérêt » à la place de « grief ». L'analyse doit donc restituer à la condition posée sa véritable nature si elle veut cerner la réalité de la notion de qualité. M. Gorse l'avait souligné dans sa thèse : « les arrêts... qui continuent assurément de séparer les notions de grief et d'intérêt quoique nous ayons pu voir que ces notions étaient parfois retenues l'une pour l'autre » (5).

Faire appel à la seule logique pour présenter une nouvelle analyse serait pourtant insuffisant dans une étude qui veut suivre de près la réalité de la jurisprudence. C'est pourquoi il convient de citer ici un passage du commissaire du gouvernement Mosset : « La reconnaissance d'un intérêt ouvrant le recours pour excès de pouvoir est subordonnée par votre jurisprudence à une double condition. Il faut que la décision attaquée lèse le requérant matériellement ou moralement, qu'elle ait pour lui des conséquences fâcheuses sur l'un ou l'autre plan. Mais il faut aussi que ces conséquences fâcheuses atteignent le requérant en une qualité, à un titre particulier, en tant qu'appartenant à une catégorie définie et limitée... Le requérant doit être par rapport à l'acte dans une situation particulière reconnue par votre jurisprudence de nature à lui ouvrir le recours pour excès de pouvoir » (6). Il apparaît donc évident que, sous le terme unique d'intérêt, le commissaire du gouvernement envisage à la fois et successivement le grief et l'intérêt, appréciés tous deux en la personne même du requérant (7).

Encore convient-il de pousser plus avant la démonstration; c'est ce que nous ferons en trois paragraphes consacrés à :

§ 1. Ce que l'intérêt ajoute au grief.

§ 2. Ce que le grief ajoute à l'intérêt.

§ 3. La qualité de l'individu (examen de quelques cas particuliers).

§ 1. — Ce que l'intérêt ajoute au grief.

Dans la mesure où un acte administratif fait grief, il faut encore, pour être admis à l'attaquer, justifier d'un intérêt. La condition est

---

(4) Le terme de grief est surtout employé dans la jurisprudence relative aux circulaires et aux mesures d'ordre intérieur, ce qui explique qu'on présente généralement le grief avec les « conditions tenant à l'acte ».

(5) *Op. cit.*, p. 148.

(6) Conclusions sous C.E., 26 octobre 1956, Association générale des administrateurs civils, R.D.P. 1956, p. 1309.

(7) Dans le même sens, ODENT, pp. 543-544.

absolument nécessaire, aussi bien en première instance (8) qu'en appel (9). Dans ce paragraphe, le grief existe donc par définition, mais c'est seulement si le demandeur a « intérêt et par suite qualité » qu'il pourra exercer son action. Mais que représente exactement la notion d'intérêt et comment peut-il exister des actes que l'on n'a pas intérêt à attaquer bien qu'ils fassent grief ?

La réponse peut difficilement être trouvée dans les arrêts, peu soucieux de clarté doctrinale. En revanche, certaines conclusions sont fort explicites à ce sujet et peuvent être utilisées pour rechercher l'esprit dans lequel le Conseil d'Etat se décide : « Celui qui forme un recours pour excès de pouvoir peut fort bien aujourd'hui, ne pas être personnellement et directement visé par l'acte qu'il attaque, mais il ne suffit pas qu'il montre que l'acte a pour lui des conséquences fâcheuses, il faut encore que ces conséquences placent le requérant dans une catégorie nettement définie d'intéressés. Autrement dit, il n'est pas nécessaire que l'intérêt invoqué soit propre et spécial au requérant, mais il doit s'inscrire dans un cercle où la jurisprudence a admis des collectivités toujours plus vastes d'intéressés, sans l'agrandir toutefois jusqu'aux dimensions de la communauté nationale » (10). Ces conclusions devenues classiques (11) montrent bien que l'intérêt est étroitement lié à la situation du demandeur dans un certain cadre et doit être examiné en comparant la nature de l'acte attaqué avec la situation du requérant, en tenant compte de la nature de l'acte (origine, portée, matière traitée) plus que du sens de la décision prise.

Cette condition tient donc essentiellement à la situation juridique du demandeur. Il faut en préciser les éléments par rapport à deux catégories assez différentes d'individus susceptibles d'intenter un recours pour excès de pouvoir : les simples particuliers et les fonctionnaires.

A. — Le cas du simple particulier.

La matière est bien connue et a donné lieu à de nombreux exposés et constructions doctrinales. Nous n'entendons pas la reprendre en détail mais seulement montrer brièvement comment se présentent actuellement les « cercles d'intérêts aux contours estompés » (12)

---

(8) Par exemple : Syndicat des marchands du Carreau du Temple, 27 janvier 1954, R. 55.

(9) Blin, 25 février 1957, A.J. 1957-2-241; Demay, 3 décembre 1955, R. 574.

(10) Conclusions Chenot sous Gicquel, précitées.

(11) Conclusions Laurent sous Gaebelé, précitées; Mosset, sous Association générale des administrateurs civils. On y retrouve la même méthode de « cercles » définissant une situation.

(12) Conclusions Laurent sous Gaebelé, précitées.

où il est nécessaire de se trouver pour avoir intérêt. « Il est raisonnable d'admettre que l'intérêt pour former le recours pour excès de pouvoir naît à la vérité de la rencontre de circonstances dont les unes tiennent à la situation particulière du requérant, les autres à l'objet et à la portée de la décision attaquée » (12).

1° Les circonstances tenant à l'objet et à la portée de la décision attaquée définissent, *objectivement*, un cercle d'intérêt. Ce cercle doit être tracé avec une précision suffisante; il en est ainsi d'une mesure qui touche les commerçants (13), les usagers d'un service public (14), les sinistrés (15), mais non d'une décision qui affecte le sort de tous les contribuables de l'Etat (16), à plus forte raison des simples citoyens (17). Cette jurisprudence très connue (18) empêche le recours pour excès de pouvoir de se transformer en action populaire; elle est généralement présentée comme inspirée par le souci du Conseil d'Etat de désencombrer son prétoire (19). Sa conséquence au plan contentieux est, à l'évidence, de conserver au recours son caractère d'action en justice nettement personnalisée.

2° Il en est d'autant plus ainsi que la Haute Juridiction exige du requérant une *participation personnelle*, appréciée subjectivement en fonction de sa situation juridique, à l'intérêt spécial ainsi créé. Cette exigence existe dans tous les cas. Mais quand le cercle créé est d'ordre géographique, elle n'apparaît pas car, du seul fait qu'ils se trouvent physiquement dans le cercle spécial créé par la mesure prise, les requérants sont considérés comme s'y rattachant; ainsi pour l'habitant d'une commune (20), celui d'un département (21), le voisin d'un lotissement (22), les habitants d'un quartier (23), etc. L'appréciation subjective est ici automatique; elle n'en existe pas moins et doit être faite intellectuellement. Si en revanche le cercle créé est d'ordre matériel, le mécanisme joue beaucoup plus nettement; ainsi pour attaquer les résultats d'un concours,

(13) Varlet, Citerne et Topin, 31 janvier 1945, R. 23.
(14) Chaveneau, 1er avril 1949, R. 161.
(15) Gicquel, précité.
(16) Le Doussal, 25 juin 1920, R. 639; Morin, 19 janvier 1938, R. 53.
(17) Faveret, 11 février 1949, R. 74; Vanlaer, 2 juillet 1926, R. 685; Morin, 17 janvier 1951, R. 800.
(18) C'est pourquoi nous nous contentons d'en rappeler les limites, renvoyant pour le surplus aux conclusions précitées, aux manuels, à la thèse de Bérard, *La notion d'intérêt dans le recours pour excès de pouvoir*, Paris, 1932.
(19) Cf., pourtant, Laurent, sous Gaebelé : « Depuis le début du siècle, on peut constater un mouvement presque ininterrompu d'élargissement de la notion d'intérêt, que ne semble même pas avoir freiné l'afflux des recours. »
(20) Casanova, 29 mars 1901, R. 333; Chabot, 7 août 1903, S. 1904-3-1.
(21) Richmond, 27 janvier 1911, S. 1913-3-92.
(22) Colombino, 11 janvier 1935, R. 44.
(23) Commune des Arcs-sur-Argens, 5 avril 1946, R. 103.

il faut avoir participé à toutes les épreuves (24), pour se pourvoir contre ceux d'une adjudication, établir que l'on était soumissionnaire (25). Dans ces cas, c'est après analyse de la situation juridique du requérant que le Conseil d'Etat décide s'il se trouvait, ou non, dans le cercle spécial créé par la décision attaquée.

B. — Le cas du fonctionnaire.

Il doit être examiné à part car il est gouverné par des règles qui se présentent sous un aspect différent de celui qu'elles ont pour les particuliers. Le principe hiérarchique se combine ici avec les principes contentieux qui régissent l'attribution de la qualité pour restreindre cette dernière; mais l'exigence d'une qualité et sa nature sont identiques pour les fonctionnaires et pour les particuliers (26). On oppose généralement leur droit à agir en excès de pouvoir pour veiller au maintien de leur statut et préserver leurs avantages de carrière à leur absence de droit en ce qui concerne les mesures d'organisation du service. L'opposition est valable; encore faut-il l'analyser avec plus de précision. Il semble qu'on puisse le faire de la même façon que pour les particuliers.

1° Il faut d'abord que la mesure attaquée soit génératrice d'une catégorie d'intéressés spécialement touchés par sa mise en vigueur. C'est le cas pour tout ce qui concerne les statuts et les intérêts de carrière des fonctionnaires; et le Conseil d'Etat entend très largement ces termes puisqu'il admet que l'atteinte aux prérogatives du corps crée un « cercle » assez précis (27). Mais la jurisprudence est constante à considérer que les mesures d'organisation du service ne créent aucun cercle ouvrant le recours (28). Pourtant de telles mesures peuvent faire grief. Mais elles ne sont pas attaquables parce qu'il n'y a pas création d'un intérêt spécial par l'acte d'organisation du service. La mesure ne concerne pas en effet les fonctionnaires; ceux-ci, soumis au pouvoir hiérarchique pour tout ce qui concerne l'exécution du service, ne peuvent acquérir aucun droit à exercer leurs fonctions de telle ou telle façon (29) ; en consé-

(24) Parfois même à une seule (Vincens, 14 novembre 1941, R. 188).

(25) Astay, 5 avril 1933, R. 408.

(26) M. Bérard a soutenu le point de vue inverse dans sa thèse (pp. 27 et suiv.).

(27) Wuilaume, 5 mars 1948, R. 117.

(28) Pour qu'il en aille autrement, il aurait fallu admettre que les fonctionnaires ont un droit de regard sur l'organisation du service à titre individuel ; c'eût été revenir, indirectement, au régime de la patrimonialité des offices.

(29) La limite de cette jurisprudence est marquée par un arrêt Moerhlé, 17 février 1950, D. 1950-485 : le droit de voyager à tarif réduit est une mesure d'organisation du service.

quence leur situation juridique ne peut être affectée par la mesure qu'ils critiquent. Mais aussitôt que leur statut ou leur situation personnelle sont touchés ils retrouvent leur droit au recours.

2° Il faut ensuite que le fonctionnaire qui entend attaquer une décision participe personnellement à l'intérêt spécial qu'elle a créé au profit de certains; il doit se trouver « dans le cercle ». La condition est bien entendu remplie quand il est directement touché dans sa carrière, ou puni disciplinairement; le seul fait que le fonctionnaire soit personnellement visé est évidemment la preuve de sa participation subjective à l'intérêt. Mais il est d'autres hypothèses où il n'est qu'indirectement affecté par la mesure. Le Conseil d'Etat admet pourtant que la condition de participation est remplie dès lors que la mesure concernant un de ses collègues est susceptible de répercussion à l'égard du requérant; il admet notamment à se pourvoir le fonctionnaire qui se voit donner un concurrent pour son futur avancement (30), à condition que le danger ainsi créé soit réel.

§ 2. — Ce que le grief apporte à l'intérêt.

On présente généralement le grief comme une condition de recevabilité tenant à la nature de l'acte attaqué. Lse arrêts eux-mêmes admettent ce point de vue dans leur rédaction. Mais une partie de la doctrine souligne la liaison des notions d'intérêt et de grief tandis que les commissaires du gouvernement semblent unir sous un terme unique ces deux conditions de recevabilité (31). Il apparaît en effet logique de considérer le grief comme une condition de recevabilité appréciée en la personne même du demandeur; dans la mesure où l'on admet que l'intérêt, au sens où l'entend le Conseil d'Etat, est le fait de se trouver dans une situation ouvrant l'action en excès de pouvoir, le grief est l'élément qui, dans le cadre ainsi déterminé (32), vient limiter le droit d'agir en excès de pouvoir.

La condition de grief concerne donc l'avantage que le requérant peut espérer retirer de l'annulation ou, ce qui revient au même, l'inconvénient subi du fait de l'acte; on envisage sa situation en fonction du contenu de l'acte et des modifications que ce dernier est susceptible de lui apporter, pour savoir si la décision attaquée produit à l'égard du demandeur des effets tels qu'il puisse

(30) Par exemple, Marcotte, 4 février 1955, R. 70, où un fonctionnaire a été admis à critiquer le tableau d'avancement où il figurait, pour y faire annuler l'inscription d'un concurrent.

(31) *Supra*, p. 127.

(32) Et même largement prédéterminé.

retirer un avantage de l'annulation (33). Une telle présentation correspond bien à la réalité de la jurisprudence, qui apprécie le grief subjectivement, en fonction de la situation du requérant; c'est ce qu'il faut souligner rapidement, avant d'apprécier plus abstraitement la signification de cette règle.

A. — La jurisprudence.

Il faut d'abord éliminer le problème des mesures considérées comme « d'ordre intérieur » ou « d'organisation du service »; il y a là, nous l'avons dit, un problème d'intérêt et non de grief. Reste alors un principe, et ses difficultés d'application.

1° Le principe est clair : toute décision modifiant l'ordonnancement juridique est de nature à faire grief. Ce n'est pas tant le caractère exécutoire de l'acte qui est pris en considération que la modification qu'il apporte à une situation juridique existant avant lui; mais bien entendu toutes les décisions exécutoires sont considérées comme de nature à faire grief. L'avantage qu'on peut retirer de leur annulation peut être immoral (34), mais il doit exister : ainsi un contribuable n'est pas recevable à attaquer une mesure d'économie (35). Il faut seulement remarquer que, dans tous les cas où la condition est remplie, le Conseil d'Etat, fidèle à sa méthode de laconisme, n'en parle pas; il ne l'invoque que lorsqu'elle fait défaut. La notion de grief est donc surtout utilisée à propos de la nature des actes attaqués; il faudrait en effet un esprit très procédurier pour intenter un recours dont le succès ne procurerait aucun avantage (36). En revanche, il est possible de se tromper sur le caractère d'un acte et de croire à tort qu'il fait grief (37); c'est ce qui explique que la jurisprudence relative au « grief » soit établie à propos de la nature des actes administratifs mais qu'il faille en étendre la portée (38).

2° C'est surtout ce qui explique que le principe soit essentiellement mis en valeur par ses difficultés d'application. Nous n'entrerons pas dans leur détail; ce n'est pas notre objet et une systématisation de la jurisprudence semble difficile. Il faut cependant

(33) Cette liaison du grief avec le fond du droit explique la liaison des moyens avec la qualité. Sur ce point, cf. *infra*, II° partie, titre II.

(34) Dol et Laurent, 28 février 1919, R. 208.

(35) Hivet et autres, 25 mars 1955, R. 179.

(36) Hivet. Et on trouverait d'autres exemples.

(37) On a vu des spécialistes s'y laisser prendre : Syndicat autonome du personnel enseignant des Facultés de droit, 4 janvier 1957, A.J. 1957-2-77, D. 1958-179, note Quermonne.

(38) Sur ce point, cf. notamment Quermonne, note précitée, avec un excellent résumé de l'évolution historique.

rappeler qu'elle doit, en tous les cas, résoudre deux problèmes successifs. Le premier, très classique, est celui de savoir si, objectivement, un acte donné est susceptible de faire grief. Il en est ainsi par définition de toute décision exécutoire, mais il peut y avoir acte faisant grief en l'absence d'une telle décision. Ce n'est généralement pas le cas pour les mesures préparatoires (39), les avis (40), les réponses du ministre aux députés (41) ou aux particuliers (42), les avertissements (43), les notifications (44), etc. Mais ce peut être le cas pour des actes créant simplement un état de chose défavorable au requérant, ainsi la circulaire préfectorale faisant défense aux huissiers de procéder à l'exécution des jugements d'expulsion sans avoir, au préalable, obtenu l'autorisation du préfet (45). Le second problème est celui de savoir si, individuellement et compte tenu de sa situation juridique, le requérant tirerait un avantage de l'annulation qu'il demande, si la décision à raison de son objet a modifié l'ordonnancement juridique à son égard (46). L'appréciation faite pour lui donner une solution ne peut être que subjective.

B. — La signification de la condition de grief.

Réintroduire ainsi la condition de grief dans l'analyse de la qualité exigée du requérant par le Conseil d'Etat se heurte à plusieurs objections qu'il faut prendre en considération.

1° Cette analyse est-elle utile ? Il nous semble que oui. D'une part elle peut servir aux praticiens en mettant l'accent sur les différents problèmes à envisager : tenant au requérant, tenant à l'acte attaqué. Ces derniers sont plus complexes et mettent en jeu la théorie de l'acte administratif : nature, date d'entrée en vigueur, problème des actes complexes, etc. Les premiers au contraire sont relativement simples, la jurisprudence n'y intervenant que pour admettre une extension des « cercles » d'intérêt, ou des actes de nature à faire grief. D'autre part, elle doit à notre avis servir à une étude doctrinale des conditions de recours pour excès de pouvoir; certes elle se révèle sans intérêt majeur pour analyser la condition des particuliers, mais nous verrons qu'il n'en est pas de même quand il s'agit de groupements ou de personnes adminis-

(39) Thomas, 23 mars 1945, R. 59.
(40) Ferrachat, 29 mai 1942, R. 178.
(41) Bloch, 19 octobre 1938, R. 777.
(42) Hitzel, 12 juin 1936, R. 641.
(43) Crozat, 3 novembre 1950, R. 527.
(44) Consorts Levefande, 29 juillet 1953, R. 427.
(45) Union de la propriété bâtie de France, 29 décembre 1944, S. 1947-3-5.
(46) Durend, 30 janvier 1903; Bernetel, 2 juin 1924; Morel d'Arleux, 28 dé-

tratives. Il s'agissait surtout dans ce paragraphe d'établir quelques « points de repère » à l'aide d'une jurisprudence bien connue et au sujet de laquelle ne se posaient que des problèmes de présentation.

2° Mais cette analyse est-elle légitime ? Le changement de présentation ne nous semble pas avoir dénaturé la signification de la jurisprudence. En revanche, nous avons réintroduit dans la qualité un élément qui n'est autre chose que l'intérêt au sens où l'entendent les théoriciens de la procédure. « Pas de grief, pas de recours pour excès de pouvoir », c'est au fond le même brocard que « pas d'intérêt, pas d'action ». Or, on sait qu'en procédure civile la qualité et l'intérêt sont deux notions généralement considérées comme irréductibles (47). Il faut donc justifier le fait qu'en droit administratif la qualité exigée du demandeur (48) réunisse : sous le nom d'intérêt ce que les civilistes appellent qualité, sous le nom de grief ce qu'ils dénomment intérêt.

La raison pour laquelle, en droit privé, la qualité est distincte de l'intérêt, c'est quelle lui préexiste dans la généralité des cas (49) et qu'elle provient d'une source différente dans les autres (50). Dans le cas du recours pour excès de pouvoir, au contraire, l'intérêt ne peut préexister au grief puisqu'ils naissent tous les deux au même moment de la même source : l'acte administratif. Il n'y a donc pas, comme en droit privé, de situation juridique préexistante; c'est l'acte administratif critiqué qui crée cette situation (déterminant ainsi un « cercle » d'intérêt) dans le même temps qu'il fait ou non grief. On s'explique donc que la qualité pour agir en excès de pouvoir réunisse deux éléments de définition considérés comme distincts par la procédure civile. Mais, pour le plaideur, il ne fait pas de différence que l'on exige de lui deux conditions distinctes ou une seule condition comportant deux éléments distincts.

En revanche, la nuance est capitale pour le théoricien, car présenter le recours pour excès de pouvoir en réunissant, sous le nom de qualité, les conditions tenant à la personne du plaideur, c'est admettre que des appréciations subjectives sont l'une des conditions d'existence de cette action. Le changement semble important ; il faut donc étudier de plus près quelques exemples pour vérifier

---

cembre 1938.

(47) Gassin, thèse précitée.

(48) Nous verrons que l'analyse reste la même quel que soit le demandeur.

(49) Quand le titulaire du droit agit lui-même en justice.

(50) Cas du représentant, du subrogé, de la femme mariée agissant « dans l'intérêt de la famlile ».

si la notion de qualité combinant intérêt et grief se retrouve bien en jurisprudence.

§ 3. — La qualité du particulier (quelques exemples).

A titre d'exemple, nous étudierons deux problèmes caractéristiques, choisis à raison de la clarification que nous semble apporter à leur exposé une analyse de la qualité qui rattache l'intérêt comme le grief à la personne même du requérant.

A. — Le problème de l'intérêt moral.

« Le recours pour excès de pouvoir est une action distincte des actions patrimoniales. S'il faut pour le former un intérêt direct et personnel, cet intérêt peut être purement moral » (51). Le principe a été posé par un arrêt autorisant l'abbé Déliard à se pourvoir contre un arrêté municipal prescrivant la fermeture de son église (52) et son application est considérée comme « constante » par l'ensemble des auteurs. Pourtant un arrêt Guyader refuse au père d'une victime la possibilité de se pourvoir contre l'autorisation accordée à l'assassin de s'engager dans un régiment de parachutistes coloniaux, en considérant que « pour respectable qu'il soit, le sentiment invoqué par le sieur Guyader n'est pas de nature à conférer au requérant juridiquement intérêt à critiquer la décision qu'il attaque » (53).

Il ne faut pas voir là une exception à la règle suivant laquelle l'intérêt moral suffit à ouvrir le recours pour excès de pouvoir, et l'on peut difficilement expliquer cette jurisprudence par le manque de « poids » de l'intérêt invoqué. Mais tout peut s'expliquer aisément en distinguant intérêt et grief. La mesure attaquée par le sieur Guyader lui causait sans nul doute un grief moral. Mais le grief moral ne suffit pas à permettre l'exercice de l'action en excès de pouvoir (54). Il n'en est ainsi que lorsqu'il s'ajoute à un intérêt moral. En d'autres termes, il faut que le « cercle » créé par la mesure attaquée ne soit susceptible d'englober que des individus (55) frappés au même titre, dans leurs intérêts moraux (56). C'est

(51) Detton, conclusions sous demoiselle Metz, 8 février 1935, R.D.P. 1935, p. 91.

(52) Abbé Déliard, 8 février 1908, R. 128 (conclusions Chardenet).

(53) Guyader, 10 juillet 1954, R. 468.

(54) Comparer, dans le contentieux de la responsabilité : Bondurand, 29 octombre 1954, R. 565. *Adde*, l'évolution qui semble se manifester : Département de la Sarthe, 5 juillet 1957, A.J. 1957-2-320 (conclusions Tricot), D. 1958-188 (note Blaevoet) ; dame Vve Cousinard, T.A. Lille, 28 février 1958, S. 1958-153 (conclusions Delevalle).

(55) Pour les groupements, cf. *infra*, Section II.

(56) C'est-à-dire psychologiques, par opposition à matériels.

à cette condition seulement que le grief moral est admis. La condition est remplie dans des hypothèses diverses : nominations dans la Légion d'honneur (57), attribution de la carte du combattant (58), décisions en matière de culte (59), nominations honorifiques (59), etc. En revanche, l'autorisation d'engagement, si elle eût pu ouvrir le droit d'action à un ancien parachutiste (61), ne pouvait, à l'évidence, être attaquée par le sieur Guyader qui, se prévalant d'un grief moral certain, ne justifiait d'aucun intérêt.

C'est une nouvelle preuve du fait qu'il faut bien lier les conditions d'intérêt et de grief pour les apprécier en la personne du requérant (subjectivement) en fonction des buts et du contenu de l'acte (déterminé objectivement).

B. — Le problème des requêtes collectives.

Le Conseil d'Etat admet en certain cas la recevabilité de requêtes collectives. On rattache parfois à cette hypothèse celle des requêtes uniques dirigées contre plusieurs décisions administratives (62). Dans les deux cas, la jurisprudence s'explique par la notion de qualité.

a) Si le Conseil d'Etat autorise le requérant à attaquer dans une même requête plusieurs décisions administratives, c'est à raison du lien de connexité qu'il voit entre elles (63), quand « pour apprécier l'influence que ces actes ont pu avoir sur la situation du requérant il est nécessaire de les examiner non isolément mais dans leur ensemble » (64), et quel que soit alors le nombre des décisions (65). En règle générale pourtant il exige autant de requêtes distinctes qu'il y a d'actes à attaquer, même si un lien de fait existe entre ces actes; par exemple la « situation fiscale » d'un requérant n'est pas considérée comme justifiant un recours unique dirigé contre des actes d'imposition concernant des impôts différents (66), le fait que des arrêtés municipaux successifs aient suspendu un

(57) Lanjon, 2 juin 1937, R. 547 (*a contrario*).
(58) Bourgoin, 13 mai 1949, R. 214.
(59) Par exemple, au sujet des sonneries de cloches, abbé Anselme, 8 avril 1911, R. 464.
(60) Parpais, 14 novembre 1957, R.P.D.A. 1957, n° 419.
(61) Un parachutiste en service se verrait opposer qu'il s'agit pour lui d'une mesure d'ordre intérieur.
(62) Bosc, « Des recours collectifs en droit public français », R.D.P. 1927, p. 348.
(63) Truc, 22 mars 1918, R. 299; Rossignol, 1921, R. 256; Battini, 25 mars 1938, R. 306; Faccendini, 13 novembre 1942, R. 318, etc.
(64) Truc, précité.
(65) Vincent, 18 juin 1956, A.J. 1957-2-86 : recevabilité d'une requête unique contre 58 décisions, reprises dans un règlement global.
(66) X..., 5 mars 1955, R. 143 (taxe proportionnelle et patente).

garde champêtre n'est pas de nature à autoriser la jonction dans une même requête de tous les arrêtés (67). Dans ces cas, le recours est considéré comme dirigé contre la décision première dénommée ou, s'il est possible de la déterminer, contre la décision qui fait l'objet des conclusions principales (68).

Le fondement de cette jurisprudence doit à notre avis être recherché dans la notion de qualité : c'est parce que la qualité du demandeur est différente à l'égard de chacun des actes, qu'il n'est pas recevable à les attaquer dans une requête unique. Certes l'intérêt au sens où nous l'avons dégagé reste généralement le même à l'égard de tous les actes; mais le grief que font au requérant chacun des actes attaqués est différent parce que l'avantage qu'il peut retirer de l'annulation est en chaque cas de nature différente : annulation d'un impôt direct ou d'un impôt indirect, annulation d'actes créant des situations juridiques différentes. Une contre-épreuve est fournie par l'arrêt Fabrègues (69) : « en prononçant à nouveau, par les dix arrêtés attaqués, cette mesure disciplinaire sans que le requérant ait repris ses fonctions », déclare le Conseil d'Etat, manifestant ainsi qu'il ne considère la requête comme recevable que parce que la situation juridique du sieur Fabrègues est restée la même.

Présenter ainsi les règles de la matière permet d'assurer un fondement logique à la jurisprudence. En effet, parler de la connexité nécessaire des décisions attaquées, c'est assurément exact mais peu explicatif. Formulée ainsi la condition semble faire appel à la théorie de l'acte administratif et laisse supposer que c'est la nature des actes qui est, en chaque cas, envisagée. Mais la rédaction des arrêts montre au contraire que c'est en fonction de la situation du requérant, et de la manière dont les décisions attaquées l'ont affectée, que se détermine le Conseil d'Etat. De plus, l'introduction de la notion de qualité pour expliquer cette jurisprudence pourrait faciliter la tâche des praticiens qui hésitent pour savoir s'ils doivent ou non introduire plusieurs requêtes. La notion de connexité est en effet très fluide; celle de qualité nous semble plus simple parce que reposant sur des principes somme toute relativement clairs, même si leur combinaison semble délicate au premier abord. Ainsi, la jurisprudence relative aux requêtes dirigées contre plusieurs décisions constitue une nouvelle démons-

(67) Cathola, 19 mars 1910, R. 275.

(68) X..., précité; dame Vve Bérenguier, 31 mai 1933, R. 592; Gall, 7 décembre 1951, R. 577; Borredon, 20 mars 1953, R. 142.

(69) Fabrègues, 23 juillet 1909 et 22 juillet 1910, S. 1911-3-121, note Hauriou.

tration du fait que la notion de qualité, subjective par essence, est à la base d'une règle de recevabilité du recours.

b) Il en va de même des règles dégagées par le Conseil d'Etat à propos des recours collectifs proprement dits. Il est en effet admis qu'une décision administrative concernant plusieurs individus puisse être attaquée en une requête unique signée par tous les intéressés. Malgré l'effet absolu qui s'attache en principe aux arrêts rendus sur excès de pouvoir, les règles aboutissant à limiter la chose jugée dans le cadre des conclusions présentées (70) et le plaisir que peut procurer le succès d'un recours (71) conduisent les requérants à se grouper pour attaquer un acte. Ils ne peuvent le faire, juge la Haute Juridiction, que dans la mesure où leur situation est identique (72). Au cas contraire, la requête n'est recevable qu'à l'égard de la personne première dénommée (73) ; la formule est à cet égard constante : « dès lors, la requête susvisée ne peut être utilement examinée qu'en ce qui concerne le sieur... qui y est le premier dénommé ».

Cet adverbe « utilement » donne à notre avis la clé de l'interprétation qu'il convient de présenter pour fonder cette jurisprudence. C'est en effet à raison de la qualité identique dont se prévalent les différents requérants que leur recours est admis (74) ; si cette qualité est différente pour chacun d'eux, le recours n'est recevable qu'à l'égard du premier dénommé parce que le lien existant entre la qualité et les moyens invocables (75) ne permettrait pas de juger utilement le recours par rapport aux autres demandeurs. Car il est bien certain que l'exigence d'une qualité a pour conséquence qu'une seule qualité peut être prise en considération dans un procès donné. Reste alors à déterminer quel élément de la qualité est pris en considération par la jurisprudence sur les recours collectifs.

---

(70) Cf. *supra*, titre I[er].

(71) Prestige d'avoir été entendu par le Conseil d'Etat, l'observation semble particulièrement valable pour les fonctionnaires et les habitants de petites communes.

(72) Jurisprudence constante : dame Duprey, 22 mai 1931, R. 572 ; Stefani, 29 juin 1956, D. 1956-183, note F. M. ; demoiselle Cavalier, 26 octobre 1956, A.J. 1957-2-29, conclusions Long.

(73) Jurisprudence constante : Delmas, 30 juin 1950, R. 404, conclusions Delvolvé ; Dellion, 19 décembre 1955, Somm., p. 642.

(74) T.A. Versailles, 5 février 1957, A.J. 1957-2-68 : « Eu égard à l'intérêt commun qui unit les demandeurs et au but poursuivi par eux, lequel est en tout point semblable, cette requête est recevable en la forme. » Il y a là, très nettement, analyse de l'intérêt, puis du grief, c'est-à-dire des deux éléments de la qualité.

(75) Certes, la qualité s'apprécie par rapport aux conclusions, mais elle est liée aux moyens : conclusions Long sous demoiselle Cavalier, précitée, et *infra*, II[e] partie.

Il s'agit parfois du grief, notamment lorsque le recours est dirigé contre un acte réglementaire. Il pourrait sembler en ce cas que tous les demandeurs qui se trouvent dans son champ d'application ont intérêt à l'attaquer (76). Pourtant, un arrêt récent (77) distingue entre les divers requérants parce que l'avantage retiré de l'annulation aurait été différent pour chacun d'eux. On ne saurait trouver meilleure illustration du fait que le grief, distinct de l'intérêt, doit être combiné avec lui dans le cadre des conditions tenant à la personne même du requérant et définissant sa qualité.

Il s'agit d'autres fois de l'intérêt. On conçoit en effet facilement qu'un acte administratif puisse faire le même grief à plusieurs requérants sans que ces derniers se trouvent à son égard dans la même position, dans le même « cercle » (79). Il en est ainsi notamment des groupements, professionnels ou autres : une décision peut leur faire grief sans qu'ils se trouvent admis à l'attaquer conjointement aux individus directement visés par elle. L'importance des problèmes soulevés par la qualité des groupements pour agir en excès de pouvoir amène d'ailleurs à leur consacrer une section particulière.

Section II

LE DEMANDEUR EST UN GROUPEMENT

« La recevabilité des groupements à se pourvoir par la voie du recours pour excès de pouvoir est une des questions les moins claires et les moins stables de la procédure administrative », écrit M. Liet-Veaux (79) ; il semble pourtant possible de clarifier la jurisprudence, en y introduisant la notion de qualité. A cette fin, nous étudierons en deux paragraphes les principes de spécialité et de distinction entre l'action sociale et l'action individuelle; ce sont eux qui commandent en effet les solutions acquises. Un troisième paragraphe sera ensuite consacré à étudier, à la lumière de quelques exemples, si les conclusions tirées de notre analyse permettent d'expliquer quelques cas particuliers.

---

(76) « Une requête collective dirigée contre une décision réglementaire est toujours recevable dès lors que ses divers signataires sont individuellement recevables à attaquer ladite décision » (Odent, p. 387).

(77) Demoiselle Cavalier, A.J. 1957-2-29.

(78) Conclusions Long sous Société B.A.B. et B.L.B., R.P.D.A. 1957, p. 19; il s'agit d'un recours de plein contentieux, mais les principes dégagés sont valables pour le recours en excès de pouvoir.

(79) *Jurisclasseur administratif*, fascicule 650, p. 10.

§ 1. — Condition tenant à la spécialité des groupements.

A. — Le principe de spécialité.

Les groupements dotés de la personnalité morale sont soumis à un régime juridique qui varie suivant leur nature (80), mais qui est toujours plus restrictif que celui applicable aux particuliers. L'activité des personnes morales est en effet nécessairement limitée par ce qu'on appelle le principe de spécialité; il implique que, sauf exception, elles ne peuvent agir en dehors du but pour lequel elles se sont constituées ou qui leur a été fixé par la loi. Cette règle est interprétée strictement puisque, s'ils veulent modifier leur objet, les groupements doivent recourir à des formalités semblables à celles qui ont présidé à leur création.

Le fondement de ce principe doit s'établir sur une base très large (81). Les droits subjectifs en effet ne peuvent être mis à la disposition des organes de la personne morale sans quelques restrictions, car ils ont pour but de servir les intérêts d'un groupe humain. Or ces intérêts ne représentent jamais qu'une fraction (souvent faible) des intérêts dont disposent les individus et qui justifient l'attribution à ces derniers de droits subjectifs étendus leur permettant d'atteindre tous les buts que n'interdit pas la loi. C'est donc dans le cadre étroit constitué par les intérêts communs à tous les membres que doivent s'inscrire les droits que le groupement prétend exercer. La personne morale ne peut d'autre part employer ses ressources matérielles et juridiques qu'en vue de la satisfaction de ces intérêts. « Toute autre attitude de sa part constituerait une trahison des droits mêmes qu'elle a mission de défendre » (82).

Les problèmes généralement envisagés comme résultant directement du principe de spécialité concernent l'acquisition des immeubles et l'acceptation de libéralités, et certes ce sont sans doute ceux qui présentent concrètement le plus d'intérêt et le plus de difficultés. Leur examen sortirait du cadre de notre étude; en revanche, il est nécessaire d'examiner quelles sont les conséquences du principe de spécialité sur la qualité des personnes morales pour agir en excès de pouvoir.

---

(80) Associations non déclarées, déclarées, reconnues d'utilité publique, congrégations : loi du 1er juillet 1901; syndicats : livre III du Code du travail; fondations : jurisprudence.

(81) Michoud et Trotabas, *La théorie de la personnalité morale*, 1932, T. II, pp. 151 et suiv.

(82) *Op. cit.*, p. 154.

B. — La conséquence contentieuse du principe de spécialité.

La jurisprudence est à cet égard constante, et la Cour de Cassation adopte la même position que le Conseil d'Etat (83) : les groupements sont irrecevables à intenter des recours étrangers à leur objet. Il reste évidemment le problème de savoir quelle extension il convient d'accorder au principe de spécialité, quelle définition donner de l'objet d'un groupement donné. « Quels droits la personne morale peut-elle poursuivre en justice ? La réponse, qui s'applique à la personne physique comme à la personne morale, est en principe : les siens et les siens seulement » (84). C'est en fonction de la loi les régissant et des statuts qu'ils ont adoptés que le Conseil d'Etat se détermine; il ne faut donc pas s'étonner si la lecture des arrêts semble révéler une certains incohérence : elle tient essentiellement à la diversité de situation des groupements demandeurs.

Il n'est pas utile de s'étendre longuement sur une jurisprudence qui n'est pas au fond spécifique au recours pour excès de pouvoir (85) ; il suffit d'en rappeler brièvement les lignes générales. Mettant à part le cas où le groupement agit en tant que mandataire d'un de ses membres (86), il faut d'abord rappeler que l'intérêt requis peut très facilement être d'ordre moral; ainsi la société des amis de l'école polytechnique est-elle recevable à attaquer toute décision de nature à porter atteinte au renom de l'école (87). L'intérêt requis peut également être matériel; ainsi un groupement de propriétaires peut-il se pourvoir contre « des mesures générales de nature à porter atteinte aux droits des propriétaires » (88). Le Conseil d'Etat admet également que l'atteinte aux prérogatives d'un corps ou aux dispositions statutaires permet à un groupement d'intenter le recours (89). Mais, si des catégories diverses d'intérêt sont ainsi admises, il faut que l'intérêt poursuivi par le groupement ne soit pas étranger à son objet : une société de secours mutuel n'a pas qualité pour défendre des intérêts qui ne rentrent pas dans son objet légal (90), une association ne groupant que des salariés n'est pas recevable à attaquer une mesure qui ne touche

(83) Chambres réunies, 15 juin 1923, D. 1924-1-153, note Rolland.

(84) Michoud et Trotabas, *op. cit.*, p. 208.

(85) Cf., notamment, trib. civ. Seine, 19 juin 1957, D. 1958-60 (note Raynaud), S. 1958-67 (note F. L.).

(86) Ce qui est toujours possible,

(87) Société des amis de l'Ecole polytechnique, 13 juillet 1948, R. 330, à propos d'une mesure nommant irrégulièrement des élèves.

(88) Chambre syndicale de la propriété bâtie de La Baule, 7 mai 1948, R. 202.

(89) Association générale des administrateurs civils, précité.

(90) Mouton, 2 juin 1911, R. 668.

que les producteurs (91), une association de magistrats ne peut se pourvoir contre une décision n'affectant pas leur statut (92), l'association des anciens élèves de l'E.N.A. est irrecevable à attaquer des textes concernant la seule carrière des administrateurs civils du ministère de l'Intérieur (93), etc. Le principe est donc clairement posé : c'est la mesure dans laquelle les intérêts de ses membres ont été mis en commun, leur plus petit commun multiple, qui dose la qualité dont jouit le groupement pour agir en justice, notamment par la voie du recours pour excès de pouvoir.

C. — La signification du principe.

Elle est fort simple : la spécialité des groupements limite leur possibilité d'action contentieuse exactement de la même façon que l'intérêt exigé des particuliers limitait leur recevabilité à intenter le recours pour excès de pouvoir. La démonstration est simple : l'intérêt dont les particuliers doivent justifier se définit d'une part par l'existence d'un « cercle » résultant des effets produits par l'acte attaqué et largement « prédéterminé » par la jurisprudence, d'autre part par la justification d'une participation personnelle à cet intérêt (94) ; qu'en est-il pour les groupements ?

En ce qui concerne la définition de l'intérêt spécial visé par l'acte, il semble que l'on puisse tirer deux conséquences des arrêts. En premier lieu, le « cercle » visé est plus large pour le groupement que pour les particuliers quand l'intérêt est d'ordre moral. C'est en effet la vocation naturelle des syndicats et associations que d'attaquer en se plaçant au point de vue de l'intérêt moral des mesures que leurs membres ne pourraient attaquer, et ne penseraient à critiquer, que d'un point de vue matériel (95) ; le préjudice moral est directement ressenti par le groupement alors que, faute de se trouver à une échelle suffisante, il n'affecte pas les particuliers. Ainsi un membre de la Croix-Bleue ne serait sans doute pas recevable à attaquer une décision ministérielle favorisant les bouilleurs de cru; la ligue nationale contre l'alcoolisme au contraire justifie d'une qualité suffisante pour le faire (96). A l'inverse, et en second lieu, le « cercle » est plus étroit quand il s'agit d'un intérêt

(91) Fédération syndicaliste des spectacles, 28 octobre 1953, A.J. 1954-2-51.
(92) Union fédérale des magistrats, 21 novembre 1952, S. 1953-3-33.
(93) Association des anciens élèves de l'E.N.A., 7 janvier 1955, R. 10.
(94) *Supra*, § 1.
(95) Comme on a pu le dire, non sans un mauvais jeu de mots, « c'est la vocation d'une personne morale que de justifier d'un intérêt moral ». Ajoutons qu'en matière d'intérêt moral, il semble que le Conseil d'Etat s'attache au plus grand commun dénominateur.
(96) Ligue nationale contre l'alocolisme, 27 avril 1934, S. 1934-3-37.

matériel. Mais le principe de la jurisprudence est exactement le même : elle considère que l'acte attaqué définit un certain « cercle ».

En ce qui concerne le rattachement au cercle ainsi créé, c'est le principe de spécialité qui, à lui seul, permet de déterminer si un groupement donné participe ou non à l'intérêt spécial créé par un acte. Le problème est donc plus simple que pour l'individu puisqu'il suffit de se référer à l'objet du groupement pour savoir si la condition d'intérêt est ou non remplie. Certes, il peut exister, il existe en fait, des difficultés d'application pratique mais les principes semblent clairs, et correspondent bien à la notion d'intérêt telle qu'elle joue pour les individus.

Il faut d'ailleurs remarquer que l'essentiel des difficultés provient en fait de l'application d'une seconde règle définissant les possibilités d'action d'un groupement, celle qui impose de distinguer entre l'action sociale et l'action individuelle.

§ 2. — La distinction de l'action sociale et de l'action individuelle.

A. — La jurisprudence.

Le principe suivant lequel « nul en France ne plaide par procureur » conduit en effet à interdire aux groupements l'exercice des actions en justice appartenant exclusivement à leurs membres, plus spécialement à leur refuser la possibilité d'agir en excès de pouvoir pour défendre des intérêts qui ne sont pas collectifs (97). Un groupement est donc irrecevable à critiquer une décision qui compromet l'intérêt d'un seul de ses membres ou les intérêts de certains seulement de ses membres; une jurisprudence abondante est absolument constante sur ce point (98). Mais, si le principe est clair, s'il repose sur un fondement logique, son application soulève des problèmes délicats. Comment en effet définir l'intérêt collectif qui peut seul servir de fondement à l'action sociale ? Pour déterminer l'intérêt d'un groupement, il faudrait définir quelle est la nature d'un droit social, c'est-à-dire préciser les rapports de l'individu et du groupe auquel il apartient. Aussi longtemps que ce problème restera sans solution précise, les arrêts présenteront le caractère de décisions d'espèce.

Les critères adoptés par la jurisprudence ont varié dans le temps. Romieu s'est le premier penché sur la question dans ses

---

(97) « Si l'action du syndicat n'est pas dans ce cas recevable, ce n'est nullement qu'il n'y ait pas intérêt à la solution du litige...; c'est que son action directe se trouve empêchée par l'application du principe : nul en France ne plaide par procureur » (Romieu).

(98) Cf. note Copper-Royer, in A.J. 1954-2-51, colonne 2.

importantes conclusions sous l'arrêt Syndicat des patrons coiffeurs de Limoges (99) : « L'action syndicale est celle que le syndicat exerce en son nom propre comme une personne civile chargée de la défense des intérêts collectifs dont elle a la garde...; il faut, pour qu'elle puisse exister, qu'il s'agisse d'un intérêt professionnel et que les conclusions ne contiennent rien ayant un caractère purement individuel... L'action individuelle au contraire tend à obtenir un avantage déterminé au profit d'un membre du syndicat nominativement désigné. ». Suivant ces conclusions, le critère adopté est donc d'ordre formel et s'attache au dispositif de la décision attaquée, collectif ou individuel, pour accorder ou refuser le droit d'agir au groupement. Mais l'analyse a été poussée plus loin encore (100). « Pour les actes à caractère individuel à dispositif portant sur un nom de particulier, il faut sous-distinguer entre les actes positifs et les actes négatifs » et accorder au groupement le droit d'agir en excès de pouvoir contre les mesures individuelles à caractère positif. Mais cette distinction est imprécise : par exemple, une autorisation de voirie est positive parce qu'elle lèse certains commerçants et négative en interdisant au bénéficiaire de placer des appareils fixes au lieu qu'il sollicitait (101). De plus, elle semble abandonnée par le Conseil d'Etat (102). Surtout, elle n'est pas satisfaisante pour l'esprit car elle n'explique rien en invoquant pour définir l'intérêt requis une notion purement formelle. L'intérêt doit en effet s'apprécier en la personne du requérant, en fonction des résultats effectivement produits par la décision; un critère tiré du dispositif de l'acte se révèle insuffisant.

C'est pourquoi la formulation exprimée par le professeur Rolland (103) semble meilleure : les groupements ont qualité pour déférer au juge de l'excès de pouvoir les mesures individuelles « qui portent atteinte aux intérêts collectifs de l'ensemble du groupe », que leur contenu soit positif ou négatf.

Il est des cas où la solution est claire. C'est l'hypothèse où existent en réalité deux décisions; l'une de portée générale, posant une règle de droit nouvelle, l'autre, de portée plus restreinte, appli-

(99) 28 décembre 1906, R. 977.

(100) CORNEILLE, conclusions sous Association des fonctionnaires de l'administration centrale des P.T.T., 21 novembre 1923, R.D.P. 1923, p. 582. La distinction était d'ailleurs en germe dans les conclusions ROMIEU précitées.

(101) Chambre nationale du commerce de l'automobile, 26 janvier 1946, R. 183.

(102) Syndicat des cadres, 14 mai 1948, R. 219. Le Syndicat des cadres a été admis à critiquer l'acte par lequel l'inspecteur du travail avait mis fin aux fonctions du délégué aux Etablissements de la Société Pathé-Marconi.

(103) *Précis Dalloz*, 10e édition, 1951, p. 338, n° 389.

quant cette règle générale à un individu. En cette hypothèse, le groupement aura qualité pour attaquer la mesure générale mais l'individu pourra seul critiquer la décision qui le concerne. C'est ce qu'a décidé le Conseil d'Etat dans un important arrêt d'assemblée, Fédération nationale des transporteurs de France (104). De même, il existe des mesures individuelles qui, prises en bloc, équivalent à une mesure générale, créatrice d'un état de droit nouveau; le groupement est recevable à les attaquer (105).

Mais il est d'autres cas où le doute est permis : ce sont ceux où n'existe qu'une décision individuelle et où le Conseil d'Etat refuse de l'analyser comme emportant création d'une règle de droit nouvelle et application de cette règle à un particulier (106). Il nous semble qu'alors le recours doit être déclaré irrecevable. La distinction entre acte positif et acte négatif doit donc être remplacée par la distinction suivante : Y a-t-il ou non création d'une règle de droit nouvelle, impliquant dans ses termes une généralité suffisante pour laisser présager son application dans le futur ? C'est donc en fonction du contenu juridique concret de la décision administrative qu'il faut chercher le critère de l'action sociale. Cette recherche sera facile si l'acte est motivé; elle sera beaucoup plus délicate au cas contraire.

B. — Son interprétation.

Quoiqu'il en soit de la solution donnée à une espèce particulière et des difficultés que rencontrent l'interprète pour présenter la jurisprudence et le praticien pour s'efforcer de la prévoir, une conséquence semble résulter clairement des arrêts dont nous avons essayé de dégager les grandes lignes : la condition de grief est applicable aux groupements comme aux particuliers, et elle est de même nature pour ces deux catégories de demandeurs.

Le grief exigé des particuliers correspondait, nous l'avons vu, à l'intérêt de la procédure civile, à l'avantage que tout plaideur doit prétendre pouvoir retirer de son action. Or, limiter la possibilité d'exercer l'action sociale au seul cas de modification des règles applicables, c'est introduire la même notion dans l'analyse de la qualité des groupements. Certes, c'est en application de la règle

(104) 25 mars 1938, R. 310.

(105) Chambre syndicale de la propriété bâtie de La Baule, 7 mai 1948, D. 1948-488.

(106) C'est ce qu'il avait fait dans l'arrêt Fédération nationale des transporteurs : « Considérant que l'arrêté attaqué comprend en réalité deux décisions, l'une qui soumet au régime de l'autorisation les services de transport en commun de la région..., l'autre qui refuse à la Société Planche l'autorisation d'exploiter un service. »

« nul en France ne plaide par procureur » que le Conseil d'Etat et la Cour de cassation ont empêché les syndicats d'exercer les actions individuelles appartenant à leurs membres.

Mais il ne faut pas négliger pour autant la conséquence contentieuse du principe. En effet, cette jurisprudence a pour résultat de dénier toute qualité à agir par la voie de l'excès de pouvoir à un groupement s'il ne doit pas en retirer un avantage, avantage qui est apprécié par rapport au groupement lui-même, au but dans lequel il a été constitué. L'idée de spécialité réapparaît ici, mais sous une autre forme : dans la mesure où un acte donné n'est pas susceptible d'affecter, immédiatement ou dans l'avenir, la situation de tous les membres du groupement, ce dernier ne peut l'attaquer par la voie du recours pour excès de pouvoir (107). C'est qu'il faut considérer qu'aucun avantage ne peut être retiré de l'annulation par le syndicat ou l'association du moment que l'ensemble de ses membres n'y est pas intéressé. De même que le plus petit dénominateur commun à tous les membres limite les possibilités d'action du groupement, de même il limite la possibilité pour lui d'être affecté par une décision. On peut donc conclure que le grief présente, ici aussi, un caractère subjectif puisqu'il faut l'apprécier en fonction de la nature du ou des droits créés par le pacte social en regard de la situation créée par l'acte attaqué.

§ 3. — La qualité des groupements (quelques exemples).

La qualité des groupements pour agir en excès de pouvoir se définit donc, comme celle des individus, par la combinaison d'un intérêt et d'un grief; le premier de ces éléments combinant un facteur objectif (détermination du « cercle ») et un facteur subjectif (entrée dans le cercle ainsi déterminé), le second étant essentiellement subjectif.

A titre d'exemple, et pour vérifier comment ces principes jouent dans la jurisprudence, nous étudierons deux cas particuliers : le droit d'action des fédérations de groupements, le droit d'intervention.

A. — Le droit d'action des fédérations de groupements.

La jurisprudence est relativement stable à ce sujet (108). Le Conseil d'Etat juge que, lorsqu'une mesure ne lèse que les intérêts

(107) Par exemple, les groupements de contribuables doivent, pour être recevables, grouper exclusivement des personnes intéressées par la mesure réglementaire critiquée : Syndicat des contribuables d'Aix-en-Provence, 4 mai 1934, S. 1934-3-114; Ligue des contribuables de la Martinique, 1er avril 1942, R. 103.

(108) Cf. Liet-Veaux, note sous Conseil régional de l'ordre des pharmaciens, 20 octobre 1950, in *Rev. Adm.* 1950, p. 583.

défendus par l'une des associations fédérées, c'est à celle-là seule qu'il appartient d'agir. Ainsi une union groupant les associations de fonctionnaires existant dans chaque ministère n'est pas qualifiée pour se pourvoir contre une mesure ne concernant que les fonctionnaires d'un seul ministère (109), pas plus qu'un syndicat de commerçants de l'A.E.F. pour attaquer une décision ne concernant que le Moyen-Congo (110), ni que la fédération parisienne du commerce sidérurgique pour critiquer un arrêté du ministre du Travail ne concernant qu'une des quatre chambres syndicales la composant (111). L'irrecevabilité opposée dans tous les cas par le Conseil d'Etat est fondée, que les arrêts le précisent ou non, sur l'absence de qualité (112).

Le fondement de cette jurisprudence peut être *a priori*, recherché dans deux directions différentes, qui sont évidemment les deux éléments de la qualité au sens où nous l'entendons : l'intérêt et le grief. Pourtant, il nous semble évident que l'absence de qualité des unions provient ici de l'absence d'avantage qu'elles pourraient retirer de l'annulation et se rattache assez étroitement à l'élément « grief » de la qualité. Seulement, pas plus ici que nulle part ailleurs, ce grief ne s'apprécie que dans l'abstrait, en fonction de l'acte seul, objectivement en un mot. Il faut au contraire le considérer en la personne même du demandeur. En la matière, ce grief est absent quand la totalité des membres du syndicat n'est pas touchée. L'analyse de la jurisprudence doit d'ailleurs s'effectuer suivant les mêmes modalités que pour les arrêts relatifs à la distinction entre action sociale et action individuelle; au fond, les groupements membres d'une fédération sont considérés comme les adhérents individuels d'un super syndicat. Et c'est en la personne de ce dernier, déterminée par ce qu'ont mis en commun les différents groupements unis, que doit s'apprécier l'existence d'un éventuel grief et la qualité pour agir qui peut en résulter.

Cette interprétation n'est pas inutile. D'une part en effet elle permet de vérifier que la jurisprudence peut bien s'expliquer par les notions que nous voudrions voir introduites dans la présentation du recours, ce qui nous autorisera plus tard à les utiliser sans réticences (113). D'autre part, elle nous permet de confirmer l'opi-

(109) Union des associations professionnelles du personnel civil des administrations centrales, 13 mai 1921, R. 491; 20 juin 1924, R. 586.

(110) Syndicat des commerçants importateurs et exportateurs d'A.E.F., 5 juin 1953, S. 1953-3-108.

(111) Fédération parisienne du commerce sidérurgique, 23 juin 1948, R. 658.

(112) Cf. aussi : Fédération patronale de l'Anjou, 10 février 1950, R. 27; Fédération patronale des cadres du transport, 12 juillet 1955, R. 427, etc.

(113) Certes, toute la jurisprudence n'est pas passée en revue; nous croyons cependant qu'il serait possible de le faire sans modifier nos conclusions.

nion suivant laquelle l'attribution du droit d'agir en excès de pouvoir s'effectue en considération de la situation particulière du demandeur, que par conséquent il est légitime d'employer à son égard le terme de « partie »; ceci nous semble encore beaucoup plus net pour les groupements que pour les particuliers. Mais, si le Conseil d'Etat se montre assez strict en appréciant la qualité pour agir des groupements, il est beaucoup plus bienveillant pour leur intervention.

B. — Le droit d'intervenir des groupements.

Ce droit est en effet largement accordé; la rédaction même des arrêts rejetant une action à titre principal manifeste cette bienveillance de la Haute Juridiction; le Conseil d'Etat rappelle souvent que : le groupement en question n'a pas qualité pour introduire un recours pour excès de pouvoir contre la décision précitée « et aurait pu, seulement, intervenir dans une instance engagée à cette fin par les intéressés eux-mêmes » (114). Avant d'en étudier les manifestations et ce qui en constitue à notre avis le fondement, il faut remarquer que la jurisprudence relative au droit d'intervention n'est pas spéciale aux groupements; les mêmes règles sont applicables aux particuliers et aux personnes administratives. S'il convient pourtant de la présenter à propos des groupements, c'est que la distinction entre action sociale et action individuelle lui donne une importance pratique et un intérêt théorique tout particuliers.

1° Les problèmes posés par la technique de l'intervention sont nombreux (115). Dans le cadre de cette section, nous étudierons simplement ceux qui sont relatifs à la qualité pour intervenir. Il faut cependant rappeler que l'intervention est un recours de type subsidiaire, formé « dans l'ombre » du recours principal, produisant des effets en corrélation étroite avec ce dernier et permettant d'appuyer ou de combattre les arguments dévelopés par le demandeur. En fonction de ce caractère en quelque sorte secondaire du recours et des effets qu'il produit (116), on comprend que le Conseil d'Etat se montre accueillant à son égard. Encore faut-il tracer les contours de sa jurisprudence.

Il existe d'abord une série de limites intéressantes à connaître mais sans rapport direct avec la qualité exigée des intervenants;

---

(114) Association professionnelle des agents d'Algérie, 22 février 1956, R. 723. Et il y a beaucoup d'autres arrêts.

(115) Cf. Nguyen Quoc Dinh, « L'intervention dans le recours pour excès de pouvoir », R.D.P. 1946, p. 389.

(116) Le caractère inquisitoire de la procédure administrative le rend souvent inutile.

l'intervention doit être formée par requête distincte (117), concerner une affaire jugée en séance publique (118), la demande principale doit être recevable (119).

Sous le bénéfice de ces réserves, la seule condition exigée de l'intervenant est la justification d'un intérêt suffisant. Les auteurs sont unanimes a remarquer que le Conseil d'Etat se montre ici très libéral. Par exemple, le Touring-Club de France peut intervenir à l'appui du recours dirigé par un propriétaire contre l'arrêté réquisitionnant son abbaye, parce qu'il a, notamment, pour objet la défense du patrimoine artistique de la France (120). Seule est prohibée l'intervention de l'auteur même de l'acte attaqué (121) et, à plus forte raison, de la juridiction qui en a connu une première fois (122).

2° La prétendue « bienveillance » du Conseil d'Etat peut s'expliquer juridiquement et prouve avec éclat que l'intérêt et le grief sont deux notions distinctes et qu'il faut réunir.

Nous avons essayé de montrer que, lorsque le groupement était admis à agir en excès de pouvoir, c'est qu'il justifiait d'une qualité qui se définissait par la combinaison de l'intérêt et du grief. Quand l'intérêt fait défaut, le prétoire du juge n'est pas ouvert. En cas d'absence de grief, le prétoire est bien ouvert, mais le recours pour excès de pouvoir n'est pas recevable; en revanche, l'intervention est alors admise. Si le Conseil d'Etat semble donc se montrer plus libéral, c'est pour une raison fort simple : il n'exige pour déclarer recevable l'intervention que l'un des deux éléments de la qualité, l'intérêt. Ainsi s'explique que les groupements puissent intervenir aux actions en excès de pouvoir intentées à bon droit par leurs membres. En ce cas, il n'y a pas grief au sens où l'exige le Conseil d'Etat, il n'y a aucun avantage à retirer de l'annulation pour la personne morale; mais il existe un intérêt.

Du reste, M. Landron écrit : « La Société "Le Détaillant" a pour objet social essentiel d'émettre des timbres escomptes. Elle a donc incontestablement intérêt à obtenir l'annulation des dispositions de l'article 4 du décret attaqué. Son intervention est recevable. » Il est frappant de constater comment le principe de spécialité a

(117) Cave coopérative des laiteries des Monts d'Auvergne, 1949, R. 142.
(118) Comité X..., 21 juin 1955, R. 343.
(119) Secrétaire d'Etat à la présidence du Conseil, 1950, R. 427; Le Parc, 7 janvier 1955, R. 7.
(120) Pansu, 3 août 1945, R. 171.
(121) Epoux de Fraguier, 27 février 1948, R. 98.
(122) Dame Slaiher, 31 mars 1950, R. 209.
(123) Conclusions sous Société approvisionnement, livraison, vente et publicité, 1er juin 1956, A.J. 1956-2-335.

permis de déterminer l'intérêt, par rapport à l'objet social; et comment cet intérêt a suffi à justifier l'intervention.

Aussi, lorsque M. Nguyen Quoc Dinh écrit : « Nous croyons que les solutions jurisprudentielles que nous avons dégagées relatives notamment à la large admission de l'intervention, viennent allonger la liste des arguments des partisans du caractère objectif du recours pour excès de pouvoir » (124), il nous semble au contraire que ces solutions, en permettant une meilleure et très nette analyse de la notion d'intérêt, confirment la thèse de l'introduction de la notion de partie dans le recours pour excès de pouvoir. Montrant en effet ce qui se passe lorsque l'élément « grief » fait défaut (l'action n'est pas recevable), elles prouvent *a contrario* que seule la réalisation des conditions subjectives définissant le grief est de nature à permettre l'exercice d'une action en excès de pouvoir.

Section III

LE DEMANDEUR EST UNE PERSONNE PUBLIQUE

Les personnes publiques ont qualité pour agir en justice; c'est la conséquence de la personnalité morale qui leur a été conférée. Si les problèmes qui se posent dans les instances civiles ou de plein contentieux ne soulèvent guère de difficultés (125), il n'en va pas de même dans le contentieux de l'excès de pouvoir. Du fait en effet que ce recours est dirigé, par définition, contre un acte administratif, l'admission d'une personne publique à l'intenter pose le problème de l'organisation des rapports entre personnes morales de droit public. On ne peut donc apprécier la portée des solutions acquises que dans le cadre d'une distinction entre l'organisation centralisée et l'organisation décentralisée. Par ailleurs, la structure des organes agissant pour les personnes publiques est en principe fixée de façon à préserver les droits de la minorité; on conçoit donc qu'il soit nécessaire d'accorder aux membres de ces organes la possibilité de faire contrôler la légalité de décisions dont leur position minoritaire ne leur permet pas d'influencer le contenu.

Tel est sans doute l'essentiel des considérations qui ont conduit le Conseil d'Etat à établir sa jurisprudence en la matière; et telle est la raison pour laquelle il faut étudier dans cette section aussi

---

(124) R.D.P. 1946, p. 389 : «L'intervention dans le recours pour excès de pouvoir.»

(125) La seule question étant de savoir si la personne qui prétend agir a bien la personnalité morale et si elle a qualité.

bien la qualité des personnes publiques agissant en leur nom par leurs organes que la qualité des organes agissant à titre individuel. Dans les deux cas, les problèmes posés sont analogues, les principes appliqués identiques, les solutions voisines. C'est donc dans cette optique que nous allons étudier les règles relatives à la qualité des personnes publiques pour agir; ces règles peuvent être groupées en deux rubriques : d'une part celles qui proviennent du principe de spécialité, d'autre part celles qui proviennent des modalités de l'organisation administrative. Il restera ensuite à étudier, à la lumière de quelques exemples, si la jurisprudence confirme la notion de qualité que l'étude de ces règles nous aura révélée et qui, disons-le tout de suite, est de même nature que pour les particuliers et les groupements.

§ 1. — Le principe de spécialité.

A. — Fondement.

Le principe de spécialité existe aussi bien pour les personnes administratives que pour les groupements privés; dans les deux cas il s'agit d'une conséquence de la notion même de personne morale. Mais cette conséquence est tirée de l'idée suivant des modalités différentes. Les groupements privés sont formés volontairement par des individus; c'est donc dans la seule mesure où les volontés des particuliers se sont unies que des compétences autonomes sont créées au profit du groupement. Pour les personnes administratives au contraire, elles préexistent à la volonté des particuliers et ne peuvent, en l'état actuel de nos conceptions juridiques (126), être considérées comme en résultant. Il faut donc chercher ailleurs le passage de la notion de personne morale au principe de spécialité; on le trouvera dans les règles qui régissent l'organisation de l'Etat et du pouvoir (127).

« Le principe de spécialité, c'est la conséquence de l'idée que la décentralisation est au fond une exception au principe de l'unité de pouvoir » (128). La décentralisation n'est pas en effet un phénomène naturel au droit public français; toute se passe dans les esprits et dans les textes comme si la formation de centres d'intérêts distincts et autonomes ne provenait que d'une concession du pou-

(126) Constitution, article 3 : « La souveraineté nationale appartient au peuple. Aucune section du peuple... ne peut s'en attribuer l'exercice. »

(127) Cf. Hauriou, note sous Larrieu, 3 mai 1918, S. 1920-3-57 : « Le principe de spécialité est une règle de police intérieure administrative. »

(128) Chenot, *Cours I.E.P. de Paris*, 1954, 1955, « Les institutions administratives françaises », p. 129.

voir (129). Comme il s'agit d'une création artificielle plus que d'une réalité vivante, l'indépendance des centres ainsi créés ne doit pas aller plus loin que ce qui leur a été concédé; la collectivité secondaire s'occupe des affaires qui ont justifié sa création, mais elle ne saurait aller au-delà, qu'il s'agisse d'une collectivité territoriale ou d'un service public érigé en personne morale. L'autorisation donnée par le souverain au nom de l'intérêt public, pour des motifs d'organisation beaucoup plus que d'idéologie, accorde une certaine autonomie à des centres d'intérêt distincts de ceux de l'Etat, mais en ne consacrant à leur égard que l'existence d'un pouvoir secondaire, dont le cadre et l'objet sont fixés par la loi (130) et dont l'exercice doit être contrôlé de près (131). Même avant d'être inscrit dans la Constitution, le principe de spécialité avait d'ailleurs valeur législative (132).

B. — Conséquences contentieuses.

Les conséquences contentieuses du principe de spécialité sont plus ou moins rigoureuses suivant la nature des affaires et le type de personne publique en cause. Le problème semble notamment se poser de façon différente selon qu'il s'agit de collectivités locales ou d'établissements publics.

1° Pour les premières, la spécialité a essentiellement une portée géographique. Mais dans leur cadre territorial, la qualité pour agir en excès de pouvoir leur est largement reconnue depuis longtemps. Par exemple, une commune est recevable à attaquer par la voie du recours pour excès de pouvoir son sectionnement électoral (133), la déclaration d'utilité publique approuvant les travaux qui la feraient disparaître sous un lac artificiel (134), le décret supprimant le tribunal de première instance qui siégeait sur son territoire (135), un arrêté du ministère des Finances suspendant la perception de la taxe locale additionnelle relative aux ventes faites aux entreprises de presse (136), etc. Toutes les catégories de griefs (137) sont donc

(129) Article 85 de la Constitution de 1946 : « La République française, une et indivisible, reconnaît l'existence de collectivités territoriales. »

(130) Articles 86 et 89 de la Constitution de 1946 au sujet des cadres territoriaux, des libertés locales, des structures.

(131) Article 88 de la Constitution de 1946 : « Le contrôle administratif des collectivités territoriales est assuré, dans le cadre départemental, par des délégués du gouvernement désignés en conseil des ministres. »

(132) Loi du 10 août 1871, article 46; loi du 5 avril 1884, article 61 : « Le conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune. »

(133) Commune de Massat, 24 juillet 1903, R. 556.

(134) Ville de Tignes, 20 janvier 1950, R. 46.

(135) Ville de Saint-Dié, 23 mai 1952, R. 278.

(136) Ville d'Arles, 1er avril 1955, *Droit fiscal*, 14 décembre 1955, p. 5, conclusions Guionin.

(137) « Grief », c'est-à-dire intérêt de la procédure civile.

admises : politique, « vital », moral, financier, dès lors qu'ils s'intègrent dans le cadre géographique de la collectivité locale.

Cette condition de spécialité est généralement présentée dans le cadre de la jurisprudence relative aux pouvoirs des communes de créer des services commerciaux (138) ; elle existe cependant dans le cadre du recours pour excès de pouvoir. Seulement elle y est moins bien perçue parce que son absence y est moins fréquente et que le Conseil d'Etat ne se trouve pas amené à en réclamer la réalisation. Pourtant le cas peut se présenter. Par exemple dans un arrêt Commune de Thérouane (139), la Haute Juridiction a été amenée à constater qu'une commune se trouvait sans intérêt à attaquer par la voie de l'excès de pouvoir le refus du préfet de déclarer d'utilité publique l'expropriation envisagée (140) ; en dépit des avantages qu'elle lui aurait procurés, cette opération sortait du cadre communal limité aux seules affaires d'intérêt local. On peut en déduire que la spécialité présentée comme géographique est au fond appréciée matériellement en fonction de la catégorie des problèmes dont peut s'occuper la commune. Peu importe au point de vue des conclusions à en tirer pour la qualité, ce qui est notre souci actuel; l'essentiel est que la qualité des personnes administratives locales se trouve limitée par le cadre géographique de leur activité, même si cette détermination recouvre en réalité une distinction fondée sur la notion d'affaires communales.

2° En ce qui concerne les établissements publics, le critère géographique ne peut plus jouer, ne serait-ce que du fait que certains d'entre eux étendent leur activité sur l'ensemble du territoire national. Pourtant le principe de spécialité conduit, à leur égard aussi, à limiter strictement leur qualité pour agir en justice, plus strictement même que pour la collectivité territoriale. C'est sans doute parce que les établissements publics apparaissent comme une création encore plus artificielle que ces dernières : ils ne sont pas chargés de gérer des intérêts généraux dans un cadre local, mais de gérer des intérêts spéciaux. L'assiette territoriale n'intervient donc que de façon secondaire dans la détermination de leur qualité. De toute façon, l'établissement public ne peut user de sa

(138) Chambre syndicale du commerce de détail de Nevers, 30 mai 1930, S. 1931-3-73 (conclusions JOSSE, note ALIBERT).

(139) Commune de Thérouane, 4 juin 1954, R. 339.

(140) « ... Considérant que la perception est un service de l'Etat par rapport auquel la recette municipale ne présente qu'un caractère accessoire; que, dès lors, quel que soit l'intérêt que présente pour le commerce local l'installation d'une perception et le logement du percepteur, une telle opération revêt essentiellement un caractère national et non communal. »

personnalité juridique en dehors du cercle d'attributions pour lequel il a reçu cette qualité. L'arrêt de principe est la célèbre décision Caisse des Ecoles du VI[e] arrondissement de Paris (141) sous lequel Hauriou notait, à propos du principe de spécialité : « Assurément le salut de la France n'est pas lié à celui des Caisses des Ecoles, mais il est toujours pénible de constater qu'en organisation administrative nous ne guérissons pas de cette manie de logique qui nous fait dir : « Périsse l'institution plutôt qu'un principe ! »

Cette conception stricte du principe s'applique bien entendu également quand il s'agit de déterminer si la qualité d'un établissement public est suffisante pour lui ouvrir le prétoire du juge de l'excès de pouvoir. C'est ainsi que dans un arrêt E.N.A., le Conseil d'Etat déclare (142) : « Si en vertu de l'ordonnance du 9 octobre 1945 l'E.N.A. a le caractère d'un établissement public, la personnalité civile qui lui est ainsi reconnue pour la gestion financière et administrative du service et pour l'organisation de l'enseignement ne lui confère pas qualité pour déférer au Conseil d'Etat par la voie du recours pour excès de pouvoir une décision sortant du cadre ainsi défini; que dès lors l'E.N.A. n'est pas recevable à attaquer l'arrêté ministériel du 6 janvier 1948 mutant le sieur V... du corps des attachés commerciaux à celui des administrateurs civils du ministère des Affaires étrangères » (143).

C. — Interprétation.

L'interprétation de cette jurisprudence peut être recherchée dans les conclusions de M. Chardeau sous l'affaire E.N.A. précitée. « La compétence des établissements publics décentralisés doit s'apprécier au regard du principe de spécialité. Cette compétence est plus ou moins large suivant les établissements publics... Pour définir celle de l'E.N.A., il faut se reporter aux textes qui la régissent... Il ressort de ces textes que la compétence de l'école est limitée à la gestion de son personnel et de son patrimoine, ainsi qu'aux questions touchant l'organisation des études... L'école n'a certainement pas vocation pour représenter les intérêts de ses anciens élèves, ni même de ses élèves en cours d'études. Cette représentation est étrangère à son objet. »

---

(141) Caisse des écoles du VI[e], 22 mai 1903, S. 1905-3-33.

(142) E.N.A., 4 juin 1954, R. 338 (conclusions Chardeau).

(143) Remarquons au passage que l'E.N.A., comme ses élèves agissant à titre individuel ou en corps, sont le plus souvent déclarés irrecevables ou mal fondés par le Conseil d'Etat...

Il apparaît donc, à la lumière de cet exemple concret, que le raisonnement suivi est extrêmement simple : c'est l'application du principe de spécialité qui permet de définir la « compétence » d'une personne administrative. Cette compétence, souvent appelée intérêt par le Conseil d'Etat, est exactement de la même nature que celle que conférait aux groupements leur objet social. Le raisonnement fait à leur sujet pour montrer qu'elle recouvre assez exactement l'intérêt exigé des particuliers pourrait donc être reproduit ici sans rien perdre de sa force.

Cette notion d'intérêt vaut aussi bien pour l'Etat que pour les collectivités locales (144). Pour ces dernières cependant, le problème apparaît parfois plus complexe. En effet aucun texte qu'un article de loi assez vague (145) n'y vient préciser l'objet essentiel qui définit les limites de leur personnalité; ce n'est donc pas comme pour les établissements publics, en se référant à un texte précis, que le Conseil d'Etat jugera, mais en se référant aux principes généraux de l'organisation administrative. Ces principes ont d'ailleurs une seconde série d'applications pratiques, qui découlent directement d'eux. à la différence du principe de spécialité qui n'en était que l'application indirecte.

§ 2. — Les règles d'organisation de l'Etat.

A. — La jurisprudence.

C'est grâce à la notion de personne morale que l'on peut comprendre, dans son esprit et dans sa structure, le système administratif français qui est fait d'une série de relations entre personnes de droit public. La constitution des diverses personnes morales de droit public et les relations qui s'établissent entre elles, caractérisent donc d'une part l'organisation interne de l'administration française et, d'autre part, les modes d'exercice du pouvoir, qui prennent une teinte plus ou moins libérale selon la place et le rôle respectifs de ces personnes. Le premier point (organisation interne) a été abordé au paragraphe précédent (146), il faut maintenant envisager le second. Les modalités d'exercice du pouvoir peuvent se comprendre en faisant appel aux deux idées classiques de hiérarchie et de tutelle; c'est par rapport à elles qu'il faut analyser les conditions des personnes administratives désireuses de

(144) Ministre des Finances, ministre de l'Intérieur, S. 1935-3-105.

(145) « Affaire de la commune », « tous objets d'ordre départemental ».

(146) A propos de la spécialité. Tous les intérêts ne sont pas gérés dans le cercle unique du pouvoir central; il existe au contraire plusieurs centres de gestion, plusieurs groupes d'intérêts distincts.

soumettre au contrôle de l'excès de pouvoir les décisions qu'elles jugent illégales.

Dans le cadre de l'organisation hiérarchique, aucun recours pour excès de pouvoir n'est possible de la part d'une personne administrative. Certes le fonctionnaire a qualité pour agir contre une mesure touchant à sa situation personnelle ou portant atteinte à son statut, mais il ne s'agit là que d'une action exercée par lui comme particulier. Si, à l'inverse, il intente un recours en tant que fonctionnaire, le Conseil d'Etat le déclare irrecevable. Ainsi, des agents de l'inspection de la navigation dans le département de la Seine ne sont pas recevables à contester la légalité du transfert de leurs services de la Préfecture de la Seine à la Préfecture de Police (147). Ce n'est là qu'un exemple; il y en a beaucoup d'autres. La jurisprudence refuse absolument aux agents le droit de critiquer les instructions ou les décisions de leurs supérieurs. C'est que le pouvoir hiérarchique est un pouvoir de commandement qui implique une autorité pleine et directe du supérieur sur l'inférieur. Ce pouvoir, quand il concerne les actes des subordonnés, est absolu (148). D'échelon en échelon, il remonte jusqu'au ministre qui dispose des pouvoirs d'injonction et d'annulation à l'égard des actes accomplis par ses inférieurs. Il fallait rappeler cette jurisprudence, pour mieux faire ressortir l'originalité des solutions quand le recours pour excès de pouvoir est intenté dans le cadre de l'organisation décentralisée.

La tutelle peut s'exercer sur les personnes ou sur les actes. Il n'y a rien à signaler de particulier lorsque la tutelle s'exerce sur les personnes qu'elle désigne ou destitue : les règles du droit commun de la qualité s'appliquent sans difficultés. En revanche, la situation est beaucoup plus complexe lorsqu'il s'agit de la tutelle des décisions. Cette dernière peut s'exercer suivant des modalités diverses : approbation, annulation, substitution. Quoique relativement complète et nuancée, il arrive qu'elle soit considérée comme trop pesante par qui la supporte, insuffisante par qui l'exerce. Dans les deux cas, le Conseil d'Etat a largement ouvert son prétoire, par une série d'arrêts dont certains comptent parmi les plus fameux du droit administratif. En ce qui concerne les collectivités décentralisées, la Haute Juridiction leur a très vite reconnu qualité pour attaquer les actes de contrôle à l'égard de leurs organes exé-

(147) Bauzou, 19 juin 1936, R. 70; il s'agit plutôt, il est vrai, d'une mesure d'organisation du service.

(148) Andrade, 8 mai 1942, S. 1943-3-5, à propos d'une décision du supérieur hiérarchique annulant une punition infligée par le requérant à un de ses subordonnés; de Tinan, 9 novembre 1917, S. 1920-3-9, note Hauriou.

cutifs et délibératifs : maire (149), conseils généraux (150), conseils municipaux (151). En ce qui concerne les autorités centralisées, le Conseil d'Etat a également admis leur qualité à agir par la voie du recours pour excès de pouvoir lorsqu'elles ne disposent pas du pouvoir d'annulation dans le cadre de la tutelle (152), et dans ce cas seulement (153). Sa jurisprudence en ces deux matières est absolument constante depuis les arrêts de principe précités (154).

B. — Son interprétation.

La jurisprudence en matière de tutelle semble appliquer, quoique peut-être inconsciemment, l'exigence d'un grief, exactement de la même façon que pour les particuliers et les groupements, mais en nuançant cette condition pour l'adapter à la nature particulière des personnes en cause.

Nous ne pensons pas que ce soit une hérésie d'introduire ainsi cette condition dans le recours pour excès de pouvoir intenté à l'occasion de la tutelle. Hauriou déclarait déjà : « Du moment qu'une autorité administrative, quelle qu'elle soit, tient de la loi un pouvoir propre de décision, ce pouvoir constitue pour elle une prérogative...; et, si cette prérogative est lésée par un acte de l'administration supérieure, il en naît qualité pour agir, car le fonctionnaire ou l'organe a un intérêt légitime à maintenir intacte sa prérogative » (155). Et il semble que « l'intérêt légitime à maintenir intacte sa prérogative », c'est exactement la formulation positive d'un élément de la qualité dont le terme « grief » est la formulation négative. Certes la jurisprudence n'emploie jamais le mot grief à propos de la recevabilité des personnes administratives, mais il nous semble évident qu'elle en examine la réalité profonde (156). L'avantage dont les personnes publiques doivent justifier sera dans la généralité des cas d'ordre moral, résultant de la satisfaction à voir sanctionner par le Conseil d'Etat la viola-

(149) Maire de Néris-les-Bains, 7 juin 1902, S. 1902.3.81, note Hauriou.
(150) Laget, 8 août 1872, S. 1874-2-220.
(151) Commune de Boujailles, 10 mars 1911, R. 289.
(152) Commune de Saint-Blancard, 24 novembre 1911, S. 1912-3-1.
(153) Ministre de l'Intérieur, 21 octobre 1932, R. 863.
(154) Pour les membres des assemblées délibérantes, cf. *infra.*
(155) Note sous maire de Néris-les-Bains, précitée; *adde :* Laferrière, T. II, p. 443.
(156) *Adde :* Canat (4 décembre 1935, R. 1135) : recours d'un membre du Conseil supérieur de l'instruction publique dans un cas où le ministre avait refusé de consulter le Conseil et où cette consultation était nécessaire; Garne (4 décembre 1938, R. 923) : recours d'un comité de réseau de chemins de fer contre une nomination illégale à la S.N.C.F.; Breton (10 novembre 1944, R. 287) : recours d'un membre du conseil d'administration de l'Office national de la recherche scientifique contre un décret supprimant cet Office.

tion de prérogatives dont elles étaient investies; de telles satisfactions ne sont pas négligeables, surtout à l'échelon local (157). Mais la notion même de grief est identique pour les particuliers, les groupements et les personnes administratives, même si son contenu est légèrement différent.

L'avantage d'introduire la notion de grief dans l'analyse nous semble certain. Du moment en effet qu'elle correspond à la réalité des choses, il n'est pas indifférent de la mettre en valeur car elle donne une unité souvent passée sous silence à la qualité du demandeur à l'excès de pouvoir.

Un point doit pourtant être examiné : ce grief exigé est-il reconnu après un examen subjectif des circonstances de l'affaire ? Le tout est de s'entendre sur la notion de subjectif. Si l'on admet qu'il est possible de parler d'un examen subjectif quand le juge saisi de la demande s'attache à la situation personnelle du demandeur pour décider s'il est recevable (158), alors l'appréciation du grief subi par les personnes administratives est subjective. Mais la rigidité et l'uniformité des structures administratives aboutissent au résultat pratique que tous les maires de France ayant les mêmes prérogatives, ils sont tous dans la même situation quand leur préfet annule un arrêté de police qu'ils ont pris ; on en conclut parfois que la détermination de leur qualité est une pure question de droit objectif. Pourtant, lorsque, le 7 juin 1902, le Conseil d'Etat admit le maire de Néris-les-Bains à se pourvoir en excès de pouvoir devant lui, ce fut à la suite d'une analyse subjective de la situation; le doyen Hauriou ne s'y est pas trompé dans son commentaire. La jurisprudence à ce sujet est à l'heure actuelle « institutionnalisée »; son fondement reste subjectif. Ajoutons que, bien entendu, c'est en la fonction de la personne administrative même et non en la personne physique de son organe que le grief est apprécié (159).

On s'en persuadera mieux en étudiant plus en détail quelques cas particuliers de recours intentés par des personnes administratives.

§ 3. — La qualité des personnes publiques (quelques exemples).

Parmi toutes les hypothèses dans lesquelles une personne publique peut être demandeur au contentieux de l'excès de pouvoir, il en est deux qui semblent particulièrement intéressantes. Elles se trouvent d'ailleurs à la limite, en un point où l'on peut se demander

---

(157) Cf. note HAURIOU sous de Tinan, 9 novembre 1917, S. 1920-3-9.

(158) Situation qui peut comporter des « droits » ou des « prérogatives ». Car une prérogative, ce n'est rien autre qu'un droit.

(159) Il ne s'agit pas de M. Untel, maire de tel endroit, mais de M. le maire de tel endroit; la nuance est capitale. Sur ce point, cf. *infra*.

si le requérant agit en son nom personnel ou au nom de la personne publique. Il s'agit de la jurisprudence accordant à un ministre le droit de se pourvoir contre une décision d'un autre ministre, et à un membre d'une assemblée délibérante d'attaquer les décisions de cette assemblée.

A. — Le recours d'un ministre contre une décision d'un de ses collègues.

Par deux décisions de section, le Conseil d'Etat a admis que « les administrations intéressées peuvent de leur côté déférer au Conseil d'Etat par la voie du recours pour excès de pouvoir les décisions du ministre des Pensions portant classement des candidats » (160) et « qu'il résulte de ce qui précède que le recours du ministre de l'Intérieur d'une part est recevable et d'autre part doit avoir les effets juridiques du recours pour excès de pouvoir et non pas seulement du recours formé dans l'intérêt de la loi » (161). Il résulte donc de cette décision qu'une administration a qualité, par l'intermédiaire du ministre qui la représente, pour intenter un recours pour excès de pouvoir contre la décision d'un autre ministre.

Ces arrêts sont généralement présentés comme constituant la preuve du fait que le recours pour excès de pouvoir est dissocié de toute notion de patrimoine et de personnalité civile (162). Chacun des ministres agissant au nom de l'Etat, il y aurait une certaine incohérence à admettre la possibilité pour l'Etat de se faire un procès à lui-même; il n'est pas indifférent de noter au passage que ces auteurs admettent, en parlant de l'impossibilité pour l'Etat de se faire un procès à lui-même, que le recours pour excès de pouvoir est normalement un procès entre parties... L'explication au demeurant serait simple : le recours pour excès de pouvoir est destiné, plus encore qu'à la protection des intérêts individuels, à faire assurer le respect de la légalité par l'administration. On serait alors amené à distinguer deux aspects du recours, variables suivant la nature de l'acte attaqué et la personnalité du requérant : purement objectif contre les actes réglementaires ou s'il est intenté dans l'intérêt public, il serait quasi subjectif contre les actes indi-

---

(160) Ministre des Finances, 10 mars 1933; ministre de l'Intérieur, 2 novembre 1934, rapportés au S. 1935-3-105 avec une note Alibert.

(161) On sait que le recours dans l'intérêt de la loi se distingue essentiellement du recours pour excès de pouvoir par le fait que la censure prononcée est purement doctrinale et ne peut profiter ni nuire à quiconque (ce qui explique qu'il ne soit soumis à aucune condition de délai).

(162) Alibert, note précitée; Weil, Long et Brabant, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, p. 33.

viduels ou s'il est intenté dans un intérêt privé. Outre son caractère très imprécis, cette distinction présente le sérieux inconvénient d'introduire une regrettable dissociation dans la nature du recours pour excès de pouvoir.

Il semble pourtant possible d'analyser cette jurisprudence de façon plus satisfaisante, en faisant appel à la notion de qualité et sans trop s'écarter du commentaire d'Alibert. La qualité exigée pour agir en excès de pouvoir suppose la réunion d'un intérêt et d'un grief. Le ministre est représentant de l'Etat; c'est à ce titre qu'il a intérêt pour agir dans l'intérêt public, pour faire respecter la légalité. Défini par rapport au principe de spécialité, cet intérêt est évidemment très large puisque la spécialité de l'Etat n'a précisément pour limite que l'intérêt public. Il semble donc que le ministre aurait intérêt dans tous les cas; le cercle à l'intérieur duquel il faut se trouver pour agir en excès de pouvoir est à son égard très large. Mais le ministre est également chargé de la gestion d'un département ministériel; à ce titre il dispose du pouvoir hiérarchique sur la personne et les actes des fonctionnaires qui lui sont subordonnés. C'est à ce titre qu'il subit un grief. Dans l'hypothèse des arrêts précités, la défense de cette prérogative qu'il possède, et possède lui seul, définit à notre sens le grief qui est nécessaire pour avoir qualité. C'est d'ailleurs ce qu'Albert déclarait dans sa note : est qualifié pour invoquer devant le Conseil d'Etat le respect de l'ordre juridique et de la discipline administrative « quiconque établit qu'il est, par position spéciale, intéressé à les faire respecter ». C'est donc cette position spéciale, cette prérogative, qui constitue le grief. Etant donné que la condition d'intérêt n'en est pas une pour le ministre, par définition compétent pour toutes les affaires intéressant l'Etat, c'est évidemment la notion de grief qui passe au premier plan pour définir l'éventuelle qualité. Il n'en reste pas moins qu'il faut combiner ces deux notions; non seulement parce que cela nous permet de découvrir une certaine unité dans l'étude de la qualilté mais parce que cela correspond à la logique (163).

B. — Recours des membres d'une assemblée délibérante contre les délibérations de cette assemblée.

« Les membres des corps électifs ne peuvent pas assimiler à un intérêt personnel l'intérêt qu'ils portent à raison de leur mandat aux affaires qu'ils contribuent à administrer », écrivait Laferrière

(163) Notons que s'il s'agissait d'un grief d'ordre politique et non juridique (statut des fonctionnaires de son département), la question serait réglée en conseil de cabinet ou en conseil des ministres.

en 1896 (164). Pourtant, huit ans après, le Conseil d'Etat déclarait, en admettant le pouvoir d'un sieur Bergeon contre une délibération du conseil municipal dont il faisait partie : « Considérant que les requérants, agissant comme conseillers municipaux, soutiennent que la délibération attaquée a fait obstacle à l'exercice de leur mandat et méconnu les disposition de la loi qui en garantissent l'accomplissement; qu'ainsi ils ont intérêt et qualité, et que leur requête est recevable » (165). La jurisprudence s'est, depuis, maintenue constante et a été logiquement étendue aux membres des conseils généraux (166) et aux dirigeants des établissements publilcs (167). Il faut bien marquer, avant de l'analyser, que cette cette jurisprudence est distincte, quoique voisine, de celle qui autorise les membres d'une assemblée à en défendre les prérogatives si les organes légaux n'agissent pas (168) ; en ce dernier cas, en effet, l'intérêt et le grief sont appréciés en fonction de la personne morale dont les organes sont ainsi bafoués. Dans notre hypothèse au contraire, l'individu intente le recours en son propre nom. La situation est toutefois compliquée par le fait que cet individu fait partie d'un organe d'une personne administrative, il est radicalement impossible d'en faire abstraction, c'est pourquoi nous traitons ce problème ici.

Là encore il est possible de justifier la recevabilité de l'action en faisant appel à la notion de qualité, définie par la combinaison de l'intérêt et du grief.

La question du grief est celle qui fait le moins de difficulté. Etant données en effet les servitudes entraînées par la gestion des intérêts publics et la quasi-gratuité de cette occupation pour les membres d'assemblées électives, on conçoit facilement que ces membres se sentent lésés dès lors que les assemblées dont ils font partie délibèrent en méconnaissance des règles édictées pour protéger la minorité dont ils font partie par définition (169) ; cette violation des règles destinées à protéger l'expression de leur opinion rend inutile une tâche à laquelle ils consacrent un temps précieux. C'est d'ailleurs ce que le Conseil d'Etat décide « Les requérants sont intéressés à l'observation des règles auquelles la loi subordonne

(164) T. II, p. 443.

(165) Bergeon, Dalle et autres, 1er mai 1903, S. 1905-3-1, note Hauriou.

(166) Martin, 4 août 1905, R. 749 (conclusions Romieu).

(167) Labussière, 10 décembre 1909, R. 970; Breton, 10 novembre 1944, R. 987.

(168) Cf. *supra*.

(169) Ils ne se pourvoieraient pas s'ils étaient d'accord avec la décision prise.

la validité des délibérations de l'assemblée dont ils font partie » (170).

La question d'intérêt pose au contraire un problème plus délicat. Pour admettre que les requérants se trouvaient dans un « cercle » tel qu'il leur ouvre le prétoire du juge de l'excès de pouvoir, il fallait décider qu'ils avaient un intérêt personnel, distinct de l'intérêt de l'assemblée toute entière. En effet, ce serait normalement à cette dernière d'agir puisque la mesure en cause est une de ses délibérations. Mais on conçoit mal une assemblée intentant un recours contre une décision qu'elle vient de prendre à la majorité. Il faut donc admettre le recours individuel de ses membres; il serait paradoxal de reconnaître aux conseillers municipaux moins de droits qu'aux simples contribuables de la commune, alors surtout que, participant aux travaux du Conseil, ils sont mieux à même que quiconque d'en dénoncer les irrégularités. La jurisprudence Bergeon a donc conduit à « ruiner le faux dogme d'après lequel les membres d'une collectivité ou d'un corps organisé n'avaient pas d'intérêt personnel à attaquer les actes intéressant la collectivité, sous le prétexte qu'ils sont représentés par les organes de celle-ci et qu'ils sont liés par cette solidarité » (171).

Certes, nous concevons bien ce qu'une telle analyse peut avoir d'artificiel. Mais ce caractère s'explique parce qu'il s'agit ici d'une action un peu « à la limite », destinée à assurer le contrôle de l'administration locale. Nous espérons toutefois avoir montré que les mécanismes de la qualité tels qu'ils expliquent et justifient la qualité des individus, des groupements et des personnes administratives, ne se trouvent pas impuissants à rendre compte de l'action des membres d'une assemblée délibérante. Il ne s'agit pas à notre avis d'un simple jeu sur les mots mais d'une réalité vraie. Il faut pour être recevable justifier d'un certain titre (intérêt) et d'un avantage espéré de l'annulation (grief) ; la formule, ici encore, semble valable.

CONCLUSION DU CHAPITRE I.

Au terme de ce chapitre, il convient de prendre conscience des résultats obtenus. Nous espérons avoir démontré avec suffisamment d'exactitude pour pouvoir nous appuyer ensuite sur cette pre-

---

(170) Arnal, 3 juin 1911. R. 710. *Adde :* Le Moign, 22 mars 1912, R. 444 : « Le requérant a intérêt à ce que l'assemblée dont il fait partie délibère suivant les formes légales. »

(171) Hauriou, note précitée.

mière conclusion qu'il existait une notion de qualité exigée du demandeur à l'excès de pouvoir par le Conseil d'Etat.

Cette notion, valable quelle que soit la personne du requérant :

— D'une part combine deux éléments que les arrêts nomment intérêt et grief sans attacher de signification précise à ces termes et que les civilistes nommeraient qualité (au sens de « titre donnant pouvoir d'agir ») et intérêt (« avantage recherché dans l'exercice de l'action »).

— D'autre part impose dans chaque cas une double analyse : objective d'abord, pour déterminer l'étendue du cercle d'intérêt créé par l'acte attaqué; subjective ensuite en recherchant si le requérant se trouve bien dans le cercle et si l'acte lui fait personnellement grief.

Les problèmes soulevés par la recevabilité d'une requête donnée peuvent d'ailleurs concerner l'un ou l'autre des examens auxquels le juge de l'excès de pouvoir est amené à se livrer. Si le fond du droit envisagé est variable suivant la nature du requérant, le mécanisme de l'analyse à laquelle se livre le juge révèle dans tous les cas la même technique, à la recherche d'un élément identique : la qualité.

Il en va de même pour le défendeur.

CHAPITRE II

LA QUALITE DU DEFENDEUR

Les problèmes posés par l'étude de la qualité du défendeur, ou qualification passive, ne se présentent pas en principe sous une forme différente de ceux posés par la qualification active. Mais, si cette affirmation est valable en droit privé, sous la réserve qu'il n'y a généralement pas de difficulté pour désigner le défendeur — sa qualité et son intérêt découlant directement du procès qui lui est intenté — il n'en va pas de même dans le contentieux de l'excès de pouvoir car la question s'y complique de plusieurs éléments.

Les mécanismes de la tutelle et de l'organisation hiérarchique jouent effet de telle sorte qu'ils déterminent bien la personne physique qui peut défendre en première instance ou faire appel mais laissent entière la question théorique de savoir qui doit être considéré comme partie au recours : la personne physique qui agit matériellement ou la personne morale dont elle est l'organe ? La collectivité tutrice ou la collectivité sous tutelle ?

Tout ceci ne posait guère de problèmes pratiques et n'appelait pas de solution théorique tant que le recours pour excès de pouvoir n'était soumis qu'à la juridiction du Conseil d'Etat. Mais, depuis 1953, le double degré de juridiction a été introduit en règle générale (1) ; dès lors les problèmes relatifs à l'attribution de la qualité

(1) La réforme de 1934 n'avait eu que des effets limités. La doctrine dominante signale d'ailleurs que le recours en annulation porté devant les conseils de préfecture n'était pas un véritable recours en excès de pouvoir.

passive prennent un intérêt tout particulier puisque seules les parties en première instance peuvent faire appel (2). C'est donc essentiellement à partir de la jurisprudence récente relative à l'appel que nous conduirons notre étude, puisque c'est elle qui a mis la question en relief (3).

Avant d'exposer les résultats de notre analyse, il faut lever une objection. Tout ce que nous allons dire de la qualité du défendeur resterait dans une large mesure valable de la détermination du défenseur. Il apparaît donc que l'on n'aura rien prouvé en exposant les règles qui président au choix de l'autorité administrative chargée de présenter des observations à l'appui d'un acte argué d'excès de pouvoir; ni en faveur de la notion de partie, ni contre elle. Cette argumentation ne nous décourage pas. L'analyse que nous proposons pour la qualité du défendeur ne doit pas en effet être appréciée en elle-même; elle s'intègre dans le cadre d'un raisonnement plus vaste qui a déjà montré que l'administration jouait dans le recours pour excès de pouvoir le rôle d'un véritable plaideur (4), et y apporte sa contribution : de même que n'importe qui ne peut être demandeur (l'action en excès de pouvoir n'est pas une action populaire), de même, n'importe qui ne peut être défendeur; il y faut une qualité.

Deux problèmes imbriqués sont à résoudre : le premier est de savoir qui est défendeur au recours pour excès de pouvoir, le second de déterminer comment analyser les conditions posées à son choix et si la combinaison de ces conditions aboutit à définir une notion de même nature que la qualité du demandeur. Nous pensons qu'il faut répondre par l'affirmative à cette dernière question. C'est pourquoi il faut exposer comment jouent, pour le défendeur, les conditions d'intérêt et de grief, quelles qualités elles recouvrent; chemin faisant, nous aurons ainsi l'occasion de montrer que le défendeur n'est jamais une personne physique; il est la personne morale au nom de qui a été édicté l'acte critiqué.

Nous le ferons en trois sections consacrées à l'intérêt, au grief, et à l'examen de quelques jurisprudences un peu spéciales qui permettent de vérifier le bien-fondé de notre analyse et expliquent

---

(2) Doctrine unanime, jurisprudence constante. Par exemple, Demay, 3 décembre 1955, R. 574 : « Ils n'ont pas été partie en pramière instance et ne sont (donc) pas recevables à demander la réformation de l'arrêté attaqué par la voie de l'appel. »

(3) L'analyse reste bien entendu valable pour la première instance; mais, en cette matière, la jurisprudence est plus difficile à trouver, hésitante et, surtout, moins intéressante; les problèmes les plus caractéristiques sont, en effet, posés par l'appel.

(4) Cf. *supra*, titre I[er].

que la distinction entre l'intérêt et le grief recouvre, grosso modo, la distinction entre le droit de présenter des observations en première instance et celui de faire appel.

Section I

LE CHOIX DE L'ORGANE COMPÉTENT POUR DÉFENDRE AU RECOURS : ROLE DE LA NOTION D'INTÉRÊT

On pourrait concevoir une solution fort simple au problème de savoir quelle est la personne physique chargée, quand un acte est attaqué pour excès de pouvoir, de présenter des observations devant les tribunaux administratifs et, le cas échéant, de faire appel; ce serait l'auteur même de la décision attaquée. Pourtant, une telle règle n'a jamais été adoptée; sans doute pour la raison fort simple que, le juge unique de l'excès de pouvoir siégeant à Paris, il était beaucoup plus pratique de charger le ministre compétent de cette tâche, quitte pour lui à demander toutes explications nécessaires au responsable de l'acte (5). Quoiqu'il en soit des motifs pour lesquels l'auteur d'un acte n'en est pas en principe juridiquement considéré comme le défendeur, il apparaît que l'ensemble des règles applicables, d'origine légale nous le verrons, s'expliquent à merveille par le recours à la théorie dite « théorie de l'organe ». C'est donc pas son exposé qu'il faut commencer, pour rechercher ensuite comment il est possible de s'en servir afin d'exprimer les règles présidant au choix de la personne compétente pour défendre au recours pour excès de pouvoir (6), et constater alors qu'elles introduisent la notion d'intérêt, en un sens très voisin de celui retenu pour définir la qualité du particulier.

§ 1. — La théorie de l'organe.

Introduite en France par M. Mestre (7) et Saripolos (8), cette théorie d'origine allemande (9) y a, malgré les critiques de Duguit

(5) On pourrait ajouter les effets de la centralisation, l'origine historique du recours pour excès de pouvoir, l'utilité de pouvoir combiner recours hiérarchique et recours contentieux, etc.

(6) Formule ambiguë à dessein, qui ne tranche pas entre « défendeur » et « défenseur ».

(7) *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité morale*, thèse Paris, 1899, p. 211.

(8) *La démocratie et le problème de l'élection proportionnelle*, 1899, pp. 550 et suiv.

(9) Gierke (*Genossenschaftstheorie*, 1887, pp. 614 et suiv.) la créa pour les personnes collectives en général; Jellinek l'appliqua à l'Etat (*Allgemeine Staatslehere*, 1900, p. 512).

(10), notamment reçu la caution de Michoud et de M. Trotabas (11). C'est pour notre part à la position de ces auteurs que nous nous rallions. Le problème à résoudre est celui de la nature des rapports existant entre une personne morale et les personnes physiques chargées d'agir en son nom. Il suppose donc admise au départ la possibilité d'une existence autonome pour les personnes morales (12). L'examen de cette dernière question sortirait du cadre de ces développements; au reste, elle ne pose plus, en l'état actuel de notre droit, de problèmes qui n'aient reçu leur solution, au moins sur le plan des principes.

1° *Le point de vue de la personne morale.*

a) Le point de départ de cette théorie est la constatation élémentaire qu'il n'y a de volonté réelle que chez l'être humain, que c'est uniquement par l'intermédiaire de personnes physiques qu'une personne morale peut acquérir et exercer des droits. Or, on ne peut introduire ici l'idée de représentation; en effet il serait impossible de l'appliquer à l'Etat sans se voir enfermer dans une impasse logique : est-ce la volonté de l'Etat qui existe par les représentants ou le représentant qui existe par la volonté de l'Etat ? (13). En revanche la théorie de l'organe apparaît comme très satisfaisante : les personnes physiques agissant pour la personne morale ne sont pas ses représentants, elles en sont les organes, c'est-à-dire qu'elles sont la personne morale elle-même. Jellinek l'a fort bien mis en lumière : « derrière le représentant il existe une personne, derrière l'organe, il n'y a rien » (14), rien que le néant juridique. Aucun rapport de droit n'existe donc entre la personne morale et ses organes puisqu'ils sont elle et que sans eux elle n'existe pas (15) ; elle et eux constituent une seule personne juridique, la collectivité voulant et pensant par ses organes. Il faut ajouter, pour échapper à la critique qui atteignait le recours à l'idée de représentation

(10) *L'Etat, les gouvernants, les agents,* 1903, p. 26; *Traité,* T. II, § 35.

(11) *La théorie de la personnalité morale et son application au droit public français,* 2e édition, T. I, p. 133, nos 60 et suiv.

(12) C'est essentiellement parce qu'il ne l'admettait pas que Duguit rejetait la théorie de l'organe.

(13) Comme le font remarquer Michoud et M. Trotabas, l'idée de représentation pourrait être admise pour toutes les autres personnes morales en adoptant la théorie de la fiction : la loi déterminerait les conditions de fonctionnement d'une personne morale dans l'acte d'autorisation, et par là les conditions dans lesquelles sera désigné son représentant. Mais « elle est inapplicable à l'Etat à qui il faudrait déjà une volonté pour se nommer à lui-même ce représentant » (*op. cit.,* T. I, p. 133).

(14) *System der subjektiven öffentl,* 2e édition, p. 30.

(15) Le problème des droits du fonctionnaire est d'ordre différent; cf. *infra,* n° 2.

« l'organe est conçu comme faisant partie essentielle de la personne morale; il n'est pas créé par elle : il naît *en même temps qu'elle* par les forces sociales qui ont produit sa naissance et en même temps déterminé sa constitution » (16).

b) Bien entendu, cette théorie doit être complétée par quelques précisions qui en déterminent la portée.

Pour éviter d'en conclure, ce qui serait absurde, que l'Etat naît brusquement tout organisé jusqu'au facteur rural, comme Minerve sortait jadis toute armée du crâne de Jupiter, il faut en premier lieu opérer une distinction entre organes directs et indirects. Les premiers dérivent directement de l'organisation constitutive de l'Etat, ils sont l'Etat lui-même; leur structure, qui peut être extrêmement variée, est actuellement définie en France par le régime parlementaire : assemblées, président de la République, président du Conseil, ministres, tribunaux (17). Les seconds sont des individus qu'établit un organe direct pour assurer, sous son autorité et sa direction, une partie de la fonction étatique dont il est investi. Ainsi le Garde des Sceaux est un organe direct, le juge de paix de troisième classe un organe indirect.

Il faut ensuite réserver la possibilité pour l'Etat agissant par ses organes de s'assurer les services d'individus au moyen de rapports qui sont seulement d'ordre contractuel : l'entrepreneur de travaux publics n'est à aucun titre organe de l'Etat, même si sa faute engage la responsabilité de ce dernier.

Il faut enfin « situer » la place que tiennent dans l'Etat les diverses personnes morales de droit public : collectivités locales et établissements publics. Duguit les a rangées, en étudiant la théorie de l'organe pour la rejeter, dans les organes indirects de l'Etat (18). Ceci résulte à notre avis d'une erreur. Si, pour des raisons pratiques évidentes, les organes de l'Etat se trouvent investis du pouvoir de contrôler ceux des personnes décentralisées, et si les organes de ces personnes accomplissent certaines tâches de la fonction étatique (19), il n'en reste pas moins que la personnalité de la commune et celle de l'établissement public restent radicalement distinctes de celle de l'Etat; la meilleure preuve en est qu'ils peuvent agir contre lui en justice, la justification qu'ils représentent des centres d'intérêt distinct. Ce qui est vrai, en revanche, c'est que ces personnes publiques naissent avec leurs organes directs

(16) Michoud et Trotabas, *op. cit.*, T. I, p. 138.

(17) Quand il y avait un roi ou un empereur, c'étaient des organes indirects, car il n'existait alors qu'un organe direct (ce qui explique la justice retenue).

(18) *Traité*, T. II, p. 572.

(19) Au sujet de la tutelle, cf. *infra*.

(20) d'un acte de volonté généralement exprimé par l'organe législatif de l'Etat (21).

2. — *Le point de vue de l'organe.*

Il va sans dire que l'individu organe d'une personne morale conserve sa personnalité juridique, non seulement au point de vue de ses droits individuels, ce qui est évident, mais également au point de vue des rapports juridiques qu'il entretient avec la personne morale, notamment quant aux droits aux conséquences pécuniaires attachés à sa qualité (traitement, retraite) et, dans certains cas, à sa qualité même d'organe (garanties disciplinaires). Mais, « il n'est pas *en tant qu'organe*, une personne distincte » (22). Il ne peut donc acquérir aucun droit à ce titre. Le problème posé par la compétence respective des divers organes d'une même personne morale n'est donc pas susceptible de donner lieu à un recours contentieux; il est réglé dans le cadre du pouvoir hiérarchique (23). C'est qu'en effet, une même personne morale peut avoir, et a généralement, plusieurs organes. « Il n'y a alors entre ces divers organes un partage d'attributions : chacun représente la personne morale dans un cercle déterminé et, en dehors de ce cercle, perd la qualité d'organe. Ce cercle d'action s'appelle la compétence » (24). C'est l'organe supérieur de la personne morale, généralement organe direct, qui détermine et fait respecter les « rayons » de compétence attribués aux organes inférieurs, généralement indirects.

Cette notion de hiérarchie, capitale, se conçoit aisément en faisant appel à la théorie de l'organe. Elle serait plus difficilement explicable dans le cadre de la représentation car il apparaît *a priori* difficile de concevoir une pyramide de représentants liés entre eux par un pouvoir hiérarchique : le représentant représente une personne ou n'est rien; admettre que ses actes puissent être réformés par ceux d'un autre représentant semble tout au moins difficile. Au contraire, l'élaboration de la volonté d'une personne

(20) Qui peuvent ultérieurement recruter des organes indirects, librement ou dans un cadre législatif.

(21) C'est précisément cela, la décentralisation : reconnaissance par l'Etat de centres d'intérêt, de la personnalité de droit public. Dans le sens du point de vue exprimé au texte : Michoud et Trotabas, *op. cit.*, T. I, p. 350.

(22) Michoud et Trotabas, p. 136.

(23) Pas de recours pour excès de pouvoir contre un acte d'une autorité supérieure. Quant à la jurisprudence ministre des Finances, ministre de l'Intérieur, le litige n'y portait pas sur la compétence. Les ministres agissaient, en tant qu'organes directs, au nom des organes indirects sous leurs ordres, pour faire respecter les droits pécuniaires de ceux-ci.

(24) Michoud et Trotabas, *op. cit.*, pp. 147 et 148. Notons au passage l'emploi du mot « cercle ». Cette image se retrouve sous la plume de tous les auteurs.

morale s'explique parfaitement par la théorie de l'organe : de même qu'une personne physique peut revenir sur sa décision après meilleure information, de même une personne morale peut réviser sa décision par un processus qui se déroule entre plusieurs personnes physiques, chacune d'entre elles étant considérée comme l'étape d'un acte de volonté qui ne devient définitif que lorsque tous les organes nécessaires ont joué leur rôle. Il y a donc plus qu'une différence de vocabulaire entre l'organe et le représentant; ils ne correspondent pas à la même notion juridique. De plus, la théorie de l'organe exprime bien que la volonté des personnes physiques étant la volonté même de la personne morale, il n'y a pas de place, si on l'admet, pour un quelconque dépassement de mandat; aucune divergence semblable à celles qui peuvent exister entre la volonté du représenté et celle du représentant n'est possible entre la volonté de la personne morale et celle de ses organes. Ajoutons enfin que l'organe peut régler les conditions d'existence de la personne morale (domicile, activité), ce qui serait évidemment impossible à un représentant. L'organe exprime donc toute la volonté de la personne morale; c'est lui qui fait naître et exerce les droits qu'elle peut avoir.

On a vu plus haut qu'il ne fallait pas en conclure qu'une personne physique n'est pas susceptible d'acquérir des droits qui lui sont personnels à l'encontre de la personne morale dont elle est l'organe; l'essentiel, et sans doute le seul, étant le droit à la qualité d'organe, avec les avantages matériels (traitement, retraite) et juridiques (immunité, inamovibilité) que cette situation peut comporter dans un état de droit donné. Si l'on joint à cela qu'en pratique et dans le vocabulaire courant (25), la condition juridique des organes d'une personne administrative, spécialement de l'Etat, est proche de celle du représentant, une question peut venir à l'esprit : si la théorie de l'organe est fort utile au point de vue doctrinal et pour clarifier la théorie de l'Etat, quel besoin y avait-il de la rappeler ici ? L'étude de son application pratique va permettre, nous l'espérons, de le montrer.

§ 2. — Son application.

Ce n'est pas en effet par désir de complication que nous avons consacré les développements ci-dessus à exposer des analyses délicates pour arriver à bien poser, par exemple, que le ministre n'est

(25) Cf. pourtant Michoud et Trotabas, *op. cit.*, p. 134 : « Lorsque le maire d'une ville donne mandat à un avoué de plaider pour elle en justice, le maire est un organe, l'avoué un représentant. »

pas le représentant de l'Etat mais qu'il en est l'organe. C'est pour arriver à donner un fondement précis à l'organisation des personnes morales et à expliquer comment il convient d'interpréter le mécanisme de leur représentation en justice. Nous en tenant au domaine de l'excès de pouvoir (26), il convient en effet d'exposer quelle est la personne physique chargée de présenter des observations en défense, comment il faut analyser son statut juridique et pourquoi la condition d'intérêt se trouve introduite dans l'analyse de la qualité du défendeur.

1° Les solutions résultent clairement des textes législatifs : c'est en règle générale le ministre intéressé qui est habilité à présenter des observations pour défendre un acte argué d'excès de pouvoir, tant devant le Conseil d'Etat que devant les tribunaux administratifs et même s'il s'agit d'un acte du maire. Il n'y a d'exceptions qu'en ce qui concerne les recours intentés à l'occasion de l'exercice par les préfets et sous-préfets de leur pouvoir de tutelle; en ce cas, c'est le préfet lui-même qui est compétent pour présenter des observations en défense (27). Et le Conseil d'Etat sanctionne avec constance les infractions à cette règle (28), limitant notamment les pouvoirs du préfet à la présentation d'observation en première instance, sans lui accorder le droit de faire appel, même depuis le décret du 29 janvier 1957 (29), acceptant seulement de considérer que l'irrecevabilité de l'appel formé par le préfet peut être convertie si le ministre s'approprie les conclusions de la requête (30) et se montrant assez indulgent pour apprécier le caractère « exprès » de cette appropriation (31). Cette jurisprudence sera étudiée plus en détail dans les paragraphes suivants; il n'est question ici que d'exposer le principe posé par le législateur.

L'explication ne présente aucune difficulté si l'acte attaqué est un arrêté ministériel : le ministre qui a pris la décision la défend.

---

(26) Les solutions pratiques sont généralement identiques au plein contentieux, mais leur analyse théorique peut se réaliser plus facilement à partir de la notion de patrimoine.

(27) Pour le Conseil d'Etat : articles 40 et 43 de l'ordonnance du 31 juillet 1945, reprenant l'article 16 du décret du 22 juillet 1806. Pour les tribunaux administratifs : décret du 29 janvier 1957, article 1er, modifiant les articles 19, 20, 21 et 25 du décret du 28 novembre 1953.

(28) Gouthon, 15 mai 1891, R. 391; Sous-préfet de Thionville, 6 janvier 1956, R. 5.

(29) Préfet de la Gironde, 17 juillet 1957, A.J. 1957-2-365, conclusions Guldner, R.D.P. 1958, n° 1, note Waline.

(30) Préfet du Bas-Rhin, 9 février 1949, R. 62.

(31) Préfet d'Eure-et-Loir, 3 février 1956, A.J. 1956-2-161.

S'il s'agit d'un décret, le problème se complique à peine puisque la signification du contreseing ministériel est bien que le décret est, au moins pour partie, l'œuvre du ministre intéressé. Dans ces deux cas, l'organe qui a pris la décision est amené à la défendre; rien là que de très normal et très logique. En revanche, il faut expliquer le fait que, dans tous les autres cas, le ministre soit compétent pour défendre des actes qui ne sont pas les siens mais ceux des préfets, maires, organes compétents des établissements publics. S'il fallait considérer les agents de l'administration comme des représentants, on comprendrait mal cette règle qui donnerait la qualité de défendeur à un autre représentant que le responsable de l'acte en cause. Au contraire, la théorie de l'organe l'explique fort bien : les organes indirects de l'Etat (préfets notamment) expriment la volonté de l'Etat, mais pour que cette volonté soit définitive, il faut que l'organe direct intervienne à un moment quelconque. Au stade contentieux, ce moment est celui des observations présentées devant le tribunal. On acquiert ainsi la garantie que la volonté exprimée au nom de l'Etat est bien parvenue à son dernier stade d'élaboration. Pour leur part, le maire et le conseil municipal sont, dans l'exercice d'une partie de leurs tâches au moins, les organes directs de la commune, personne morale indépendante de l'Etat. Il peut donc sembler inexplicable que les observations à l'appui des actes qu'ils font en cette qualité soient présentées par un organe de l'Etat. Ceci à notre avis résulte d'une part du mécanisme de la tutelle (32). d'autre part du fait que la décentralisation est plus un mot qu'une réalisation, tout au moins dans le domaine des actes juridiques.

La règle suivant laquelle le ministre est en principe qualifié pour défendre l'acte attaqué devant le tribunal administratif n'est que l'application au défendeur de la condition d'intérêt telle que l'entend la jurisprudence administrative (33). Pour présenter des observations à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir, il faut avoir compétence à cet effet, c'est-à-dire se trouver dans un « cercle d'action » prédéterminé par la loi (34). Pendant longtemps, on n'a pas vu qu'il y avait là une condition particulière, parce qu'il n'y avait qu'un seul cercle : le ministre responsable était toujours compétent pour défendre au recours pour excès de pouvoir; il n'en reste pas moins qu'elle existait. Le décret du 29 janvier 1957 l'a bien mis en relief puisqu'il existe maintenant plusieurs « cercles »

(32) Cf. *infra.*

(33) C'est-à-dire de la qualité du droit privé.

(34) Pour les particuliers, il était prédéterminé par la jurisprudence.

et que les recueils d'arrêts commencent à offrir un ensemble de cas où précisément se pose le problème de savoir qui est compétent pour présenter des observations, qui a intérêt, et si une autorité donnée n'est pas sortie du cercle qui lui était attribué.

A notre avis d'ailleurs. l'évolution n'est qu'à son point de départ. Le mouvement de déconcentration que les circonstances imposent et qui se réalise peu à peu ne peut manquer d'avoir pour conséquence une extension de la compétence des organes indirects de l'Etat. Il n'est dès lors pas interdit de penser que les organes directs (ministres) s'en remettront de plus en plus à leurs subordonnée et que, sous réserve d'un contrôle *a posteriori* toujours nécessaire (35), l'organe direct laissera les organes indirects exprimer seuls la volonté de l'Etat. Pour prendre un exemple dans le domaine physique, la situation serait assez comparable à celle du joueur de tennis qui se confie à son réflexe pour frapper et placer un smash, sa volonté consciente n'intervenant que s'il veut faire une feinte, une amortie par exemple. Donner aux organes indirects que sont les préfets le pouvoir de présenter des observations dans un grand nombre de cas, ce serait un peu les considérer comme les réflexes du ministre. En pratique d'ailleurs l'évolution ne serait pas considérable car les services du ministère chargés de suivre une affaire demandent bien souvent aux services de la préfecture intéressée d'établir, sinon toujours l'argumentation, du moins le dossier exact.

Quant aux actes effectués par les organes de la commune, ou bien ils sont soumis à la tutelle d'un organe indirect de l'Etat, et nous sommes ramenés à l'hypothèse précédente, ou bien, par l'effet d'une véritable politique de décentralisation, ils sont considérés comme son œuvre propre. En ce cas, il faudra admettre le droit pour le maire de présenter des observations, au moins devant le tribunal administratif; devant le Conseil d'Etat, ce droit est lié à celui de faire appel (36). Mais, il faut étudier de plus près la question de savoir qui peut faire appel d'un jugement de première instance annulant pour excès de pouvoir un acte administratif (37).

---

(35) Sous forme d'avis favorable, ou même de simple silence.

(36) La question est développée plus en détail *infra*. Il suffit de poser ici le principe que, actuellement, le maire ne participe pas à l'instance en excès de pouvoir, sauf s'il y est demandeur.

(37) Nous ne disons rien du département; c'est une collectivité territoriale trop peu vivante. Au surplus, le préfet y est, en tant qu'organe du département, sous le contrôle du ministre; et il n'y a pas d'exemple de recours pour excès de pouvoir intenté par un préfet contre son ministre...

Section II

L'ATTRIBUTION DU DROIT DE DÉFENDRE ROLE DE LA NOTION DE GRIEF

Pour que le titulaire du pouvoir de défendre au recours pour excès de pouvoir soit admis à exercer ce pouvoir, une condition doit être remplie : il doit justifier d'un grief; dans la terminologie civile, on dirait un intérêt.

Pratiquement, le problème ne se pose guère que dans le cadre d'une procédure d'appel. En première instance en effet, le seul fait qu'un recours pour excès de pouvoir ait été intenté suffit à faire grief à la personne administrative au nom de laquelle a été édicté l'acte, son avantage étant le maintien de cette décision. Il en va de même au cas où le demandeur, mécontent du jugement de première instance, fait appel; ce seul fait autorise l'appel incident. Dans ces hypothèses, la seule question à résoudre est celle de savoir quel est l'organe compétent pour agir; la première section a montré que le recours à la notion d'intérêt permettait de justifier théoriquement la réponse apportée par la loi.

En revanche, le droit de faire appel est subordonné à la justification d'un grief. Après avoir rappelé le principe, il faudra en analyser les applications et la signification, de manière à déterminer qui doit être considéré comme partie défenderesse au recours pour excès de pouvoir, c'est-à-dire en la personne de qui est ressenti le grief exigé par la jurisprudence; ce faisant, nous espérons expliquer pourquoi l'auteur de l'acte d'appel (maire, préfet ou ministre) n'est pas toujours le même que l'auteur des observations présentées devant le Conseil d'Etat.

§ 1. — Le principe.

Il résulte fort clairement d'un arrêt secrétaire d'Etat aux Affaires économiques contre Deporte, rendu aux conclusions de M. Laurent (38) : « Considérant que le jugement attaqué... a rejeté la réclamation du sieur Deporte;... que, par suite, le secrétaire d'Etat est sans intérêt, et partant sans qualité, pour poursuivre l'annulation du jugement entrepris. » Il faut brièvement rappeler comment se posait le problème. Le secrétaire d'Etat avait infligé des amendes pour infraction à la législation sur les prix à une société établie dans le ressort du tribunal de Rennes. Ignorant s'il fallait considérer comme compétent le tribunal dans le ressort duquel

(38) Secrétaire d'Etat aux Affaires économiques contre Deporte, 29 avril 1955, R. 221.

la société avait son établissement et son activité ou celui dans le ressort duquel se trouvait l'autorité administrative qui avait pris la décision, la société déposa concurrement deux requêtes, l'une devant le trbunal administratif de Paris, l'autre devant celui de Rennes. En application de l'article 12 du règlement d'administration publique du 28 novembre 1953, le premier se déclara incompétent tandis que le second affirmait sa compétence. Désireux de faire juger que seul le tribunal de Paris est compétent en cas de recours contre une décision ministérielle en matière d'infraction à la législation sur les prix, le secrétaire d'Etat se pourvut contre les deux jugements, demandant le renvoi devant le tribunal administratif de Paris pour qu'il soit statué au fond. Confirmant le tribunal de Rennes comme seul compétent, le Conseil d'Etat rejeta les deux requêtes.

Il rejeta l'appel contre le jugement du tribunal administratif de Paris en arguant le manque d'intérêt. Bien entendu, il s'agit là en réalité du grief : c'est parce que le secrétaire d'Etat ne pouvait retirer aucun avantage de son appel qu'il fut jugé irrecevable. En effet, il ne pouvait s'agir d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi puisque ses conclusions tendaient à faire renvoyer l'affaire devant le tribunal de Paris. Or, le jugement de cette juridiction ayant rejeté la requête du sieur Deporte comme portée devant un tribunal incompétent, satisfaction avait été donnée au secrétaire d'Etat dont la décision restait ainsi maintenue ; il n'était donc pas recevable à déférer en appel un jugement qui ne lui causait de grief que doctrinal. En revanche, et par application des mêmes principes, son appel contre le jugement de Rennes fut déclaré recevable. Cette décision (39) démontre sans ambiguïté que la possibilité pour le défendeur de faire appel est subordonnée à l'existence d'un grief. Encore faut-il préciser en quoi consiste exactement cette condition, quelle en est l'application, la signification.

§ 2. — Application et signification.

L'exemple précédent est en effet trop simple pour être pleinement convaincant : le ministre, seul compétent pour présenter des observations, est qualifié pour faire appel dès lors qu'il peut espérer retirer un avantage du succès de cette voie de recours. C'est lui le défendeur. Mais que décider quand l'acte annulé en première instance n'est pas le sien : qui peut faire appel ? et qui est partie, le ministre qui présente des observations ou l'autorité qui a fait appel ?

---

(39) Souvent confirmée; cf. sur ce point, Fournier et Braibant, A.J. 1957-2-498.

Avant de répondre à cette question, il faut marquer nettement que la partie en défense ne peut être le ministre, le préfet ou le maire. Si ce sont bien eux qui ressentent le grief causé par l'annulation, cette sensation, si l'on peut dire, provient de leur qualité d'organe de la personne morale qu'ils « sont » dans leur activité. Personnellement ressenti par eux, le grief devient celui de la commune ou de l'Etat parce que, organes de ces personnes morales, tout ce que veulent ou pensent le ministre, le préfet ou le maire ès qualités devient volonté ou sentiment de la personne morale. La véritable partie n'est donc pas l'individu; c'est la personne morale dont il est l'organe.

Dans cet esprit, une distinction s'impose suivant que l'acte critiqué a été édicté par une seule personne morale ou élaboré dans le cadre de la tutelle.

1. — *Une seule personne morale est en cause.*

L'hypothèse dont il s'agit est la plus simple de toutes : l'acte annulé en première instance était la manifestation de volonté (par l'intermédiaire de ses organes) d'une personne morale et ne concernait que les affaires de cette personne. Il faut y distinguer trois cas.

a) La possibilité de faire appel ne résulte pas pour le défendeur des textes de procédure en vigueur. La seule solution qu'ils fournissent est en effet donné par l'article 23 du R.A.P. du 28 novembre 1953 : « Les jugements prescrivant un sursis d'exécution peuvent être attaqués devant le Conseil d'Etat par l'auteur de la décision litigieuse ». On peut certes présenter cet article comme justifié essentiellement par l'urgence que sous-entend par définition la procédure du sursis et le désir de ne pas voir se prolonger pendant quelque temps les effets d'un sursis injustifié (40). Eu égard pourtant à la rapidité des correspondances postales et télégraphiques, on est en droit de se demander si la véritable justification doctrinale ne doit pas être recherchée ailleurs. En effet, le « grief » causé à une autorité en suspendant l'effet exécutoire en principe attaché à ses actes est considérable, presque plus grand que dans le cas d'une annulation, car le tribunal remet en question, non seulement la légalité d'une décision mais même son opportunité puisque la notion d'urgence est en fait une notion qui se rattache beaucoup plus à l'opportunité qu'à la légalité (41). Par ailleurs, l'exception

(40) Sans nul doute est-ce là le souci qui a inspiré le législateur.

(41) Société d'aviation Michel, 7 octobre 1955, R. 469 : « Le tribunal administratif n'était pas tenu de demander à l'administration des Domaines son avis sur l'opportunité d'accorder le sursis à l'exécution de la décision attaquée devant lui. »

au caractère normalement exécutoire de l'acte administratif est susceptible d'être vivement ressentie par l'auteur de l'acte attaqué, à raison de son aspect dérogatoire au droit commun. On constate donc que les soucis qui ont inspiré la réforme aboutissent à des conclusions qui renforcent notre thèse : dans le cas où le grief est le plus vivement ressenti, l'auteur de l'acte reçoit le droit de faire appel. La chose nous semble particulièrement remarquable, même si elle demeure pour l'instant limitée au domaine du sursis.

b) Lorsque l'acte attaqué est le fait d'un agent de l'Etat, le principe est extrêmement clair : seul le ministre peut faire appel. Certes, M. Laurent a déclaré : « Votre jurisprudence admet en matière de recours pour excès de pouvoir l'appel de l'auteur de l'acte » (42), mais il ne cite à l'appui de cette affirmation que deux arrêts, dont le premier n'est rapporté qu'en sommaire et le second ne consacre qu'une solution implicite (43). En revanche, et depuis semble-t-il un arrêt Delacour (44), le Conseil d'Etat paraît refuser d'admettre à faire appel quelqu'un d'autre que le ministre. Des arrêts récents le démontrent amplement (45).

Il n'y a d'ailleurs rien là que de très normal; la partie en cause est l'Etat; peu importe donc que ce soit tel ou tel de ses organes qui le représente en justice. Pour prendre un exemple, frappé à l'épaule, on peut se défendre du poing; le grief est toujours ressenti par la même personne, mais ce n'est pas l'organe frappé qui se défend.

D'ailleurs, le Conseil d'Etat admet, de plus en plus facilement semble-t-il (46), que la procédure d'appel est régularisée dans la mesure où le ministre s'approprie les termes de la requête (47). Nous retrouverons cette jurisprudence dans un instant; mais il nous faut dire ici qu'il apparaît particulièrement remarquable que le ministre puisse s'approprier la requête du préfet après l'expiration

---

(42) Conclusions sous secrétaire d'Etat contre Deporte, précité.

(43) Préfet des Bouches-du-Rhône, 14 mars 1947, R. 676 : « Recevabilité du recours formé par un préfet contre un arrêté du conseil de préfecture annulant une de ses décisions »; Syndicat des ophtalmologistes des hôpitaux de Paris, 4 février 1954, R. 82.

(44) Delacour, 29 juin 1928, R. 836; le principe, posé en plein contentieux, s'est aisément transporté dans le contentieux de l'excès de pouvoir.

(45) Sous-préfet de Thionville, 6 janvier 1956, R. 5; général commandant supérieur des troupes de l'A.E.F., 8 janvier 1956, R. 724 (l'arrêt est rendu au plein contentieux, mais la technique est la même).

(46) Cf. note Copper-Royer, A.J. 1956-2-161, sous-préfet d'Eure-et-Loir, 8 février 1956.

(47) Préfet du Bas-Rhin, 9 février 1949, R. 62; préfet d'Eure-et-Loir, 8 février 1956, R. 61; préfet de la Gironde, 17 juillet 1957, A.J. 1957-2-365, conclusions Guldner, R.D.P. 1958, note Waline.

du délai de recours (48). Cela prouve en effet que le Conseil d'Etat admet en fait que le préfet puisse faire appel d'une décision annulant un de ses arrêtés, sous réserve d'une intervention ministérielle dont la nature s'analyse plus en une autorisation (ou une absence d'objection), en une simple mesure administrative intérieure, qu'en un acte de procédure véritable. Une telle évolution est révélatrice d'un état d'esprit qui tend à accorder le droit de faire appel à l'organe de l'Etat qui a personnellement ressenti le grief nécessaire à la régularité de l'appel.

c) La chose est encore beaucoup plus nette pour les organes de personnes morales autres que l'Etat. L'auteur d'un acte est en effet admis sans difficulté à faire appel lorsqu'il a agi pour le compte d'une commune ou d'un établissement public. Il n'y a pas encore beaucoup de jurisprudence et les solutions sont généralement implicites; on peut cependant relever quelques décisions (49). Au surplus, M. Waline déclare bien : « Il faut donc admettre, bien que les décrets de 1953 ne le disent pas expressément, que l'auteur de la décision litigieuse peut former appel de la décision du tribunal administratif annulant son acte » (50). Ici encore le grief qui ouvre la possibilité de faire appel n'est pas ressenti par l'individu compétent pour défendre devant le Conseil d'Etat, c'est-à-dire le ministre, mais par l'auteur de l'acte. Et c'est parce qu'il en attend un avantage que le responsable d'une décision annulée peut faire appel; dès lors, c'est la personne morale dont il est l'organe qui doit être considérée comme la partie. Aussi bien est-ce son comportement qui est jugé, son acte qui est apprécié.

2. — *Deux personnes morales sont en cause.*

En ce cas, et par hypothèse, la situation est telle que les règles relatives à la tutelle sont appliquées. On doit donc supposer que l'acte d'une collectivité sous tutelle a été modifié par le préfet; le problème qui se pose alors est le suivant : qui peut faire appel si l'acte du préfet vient à être annulé par le tribunal administratif ? Il faut, pour y répondre, distinguer deux formes de tutelles sur les actes : tutelle de l'annulation, tutelle de la substitution.

a) On sait en effet que l'autorité de tutelle peut, en certains cas, annuler les actes effectués par les organes des personnes morales qu'elle contrôle, ou refuser de les approuver; les organes de cette personne morale peuvent alors intenter un recours pour excès

(48) Préfet d'Eure-et-Loir, précité.
(49) Par exemple : Ville de Marseille, 23 novembre 1956, R. 446.
(50) WALINE, *Traité*, p. 469.

de pouvoir (51). Le préfet présentera des observations en défense devant le tribunal adminsitratif (52). Au cas d'annulation, qui pourra faire appel ? A notre connaissance, aucune jurisprudence ne s'est encore prononcée sur ce point. M. Guldner pense que seul le ministre sera compétent (53) mais son raisonnement ne nous convainc pas car, à propos de la portée du nouveau texte, il n'envisage que le cas de la tutelle par substitution et donne pour argument essentiel le fait que seul le ministre puisse présenter des observations devant le Conseil d'Etat. Or cet argument ne porte pas puisque, par exemple, le maire peut faire appel bien que ce soit le ministre qui défende devant le Conseil d'Etat. Il semble au contraire que, de même qu'il est admis à intenter le recours pour excès de pouvoir contre des actes qu'il ne peut annuler (54), de même le préfet doit être recevable à faire appel d'un jugement annulant son arrêté d'annulation. Cette solution serait bien dans la ligne de l'évolution que nous avons soulignée. Au surplus la formule, à notre avis transitoire, par laquelle le Conseil d'Etat admet que le ministre s'est approprié les conclusions de la requête pourrait faire place ici au droit d'appel pur et simple du préfet; quoique le décret n'autorise les préfets qu'à « présenter des observations en défense », il serait en effet normal que le Conseil d'Etat leur reconnaisse le droit d'appel si nos conclusions sont justes, c'est-à-dire s'il y a dans l'instance en excès de pouvoir plus qu'un simple défenseur, un véritable défendeur.

Les problèmes posés par la tutelle de l'annulation ne se différenciaient pas fondamentalement de ceux posés par les actes administratifs ordinaires, puisque le préfet y joue le rôle d'un organe de l'Etat agissant pour le compte de ce dernier.

b) En revanche, la situation est plus délicate quand il s'agit d'une tutelle par substitution. En ce cas en effet, le préfet agit au nom de la personne morale sous tutelle; on pourrait dès lors concevoir que les organes de cette dernière ne puissent intenter un recours contre une décision qu'il faut considérer comme la leur propre (55). Ce fut la première position du Conseil d'Etat; la Haute Juridiction allait même, assez curieusement, jusqu'à admettre que, par l'effet sans doute de quelque « droit de suite », le

(51) Maire de Néris-les-Bains, 7 juin 1902, R. 275.

(52) Décret du 29 janvier 1957.

(53) Conclusions sous-préfet de la Gironde, A.J. 1957-2-366, colonne 2.

(54) Commune de Saint-Blancard, 24 novembre 1911, S. 1912-3-1, note Hauriou.

(55) Gastu, 11 mars 1932, R. 304 : « Considérant que le gouverneur général de l'Algérie n'est pas recevable à former un recours contre sa propre décision. »

préfet gardait seul en cas d'annulation le droit de faire appel (56). La solution, d'ailleurs limitée au contentieux de l'excès de pouvoir (57), s'expliquait dans la mesure où l'auteur de l'acte en était considéré comme le défenseur; elle ne se justifie plus si l'on admet que le droit de faire appel appartient à la partie qui subit le grief, c'est-à-dire si l'on admet qu'il existe un défendeur véritable.

Précisément, le Conseil d'Etat l'a abandonnée dans son important arrêt d'Assemblée, Ville de Nîmes contre Pabion (58). Il faut en effet conclure de cette décision telle qu'elle est éclairée par les conclusions de M. Laurent que les communes peuvent désormais attaquer les décisions prises par l'autorité de tutelle à leur place et, ce qui est capital, interjeter appel si ces décisions sont annulées (59). En revanche, le préfet sort du circuit et se trouve replacé dans la situation analysée plus haut : le seul organe de l'Etat pouvant faire appel est le ministre. Cette solution confirme notre point de vue sous tous ses aspects.

Le maire peut intenter un recours pour excès de pouvoir contre la décision prise par substitution; c'est qu'il subit un grief en se voyant imposer une décision qu'il avait refusé de prendre. Il n'y a rien là que de très normal si l'on admet que le demandeur est, au point de vue de la qualité au moins, une véritable partie (60). En sens inverse, le maire peut faire appel du jugement annulant la décision, prise à sa place par le préfet, mais qu'il approuve; c'est la preuve que le grief doit être apprécié en la personne qui le subit. Et c'est bien la commune qui subit ce grief puisque l'acte annulé et au maintien duquel elle est intéressée avait été pris en son nom. Il y a là une sorte de dédoublement puisque l'on admet tantôt que la commune est intéressée au maintien de l'acte parce que cet acte est, en droit, le sien et tantôt qu'elle est recevable à intenter un recours pour excès de pouvoir contre lui, parce qu'il lui a été imposé. C'est la preuve la plus éclatante de ce que nous voulons démontrer : l'existence d'un grief ouvre le droit d'action au recours pour excès de pouvoir, activement ou passivement, dès lors que l'organe se trouve être dans un « cercle » où il a compétence pour agir, c'est-à-dire intérêt (61).

---

(56) Préfet de Saône-et-Loire, 15 juin 1951, R. 339; commune de Ploudaniel, 2 juin 1954, R. 320.

(57) Préfet du Pas-de-Calais, 2 novembre 1955, R. 514.

(58) Ville de Nimes, 1er juin 1956, R.P.D.A. 1956, p. 121, conclusions LAURENT.

(59) Conclusions précitées, p. 126, colonne 2, B.

(60) *Supra*, chap. Ier.

(61) Sur la signification du fait que le maire n'ait compétence que pour faire appel, cf. *infra*, section III.

Quant au ministre, le droit d'appel qui lui est reconnu s'explique parfaitement. La décision qui est imposée à la commune est une, mais deux personnes y ont collaboré : l'Etat, par l'intermédiaire de son préfet, la commune au nom de qui la décision a été prise et qui, du moment qu'elle ne l'attaque pas par la voie du recours pour excès de pouvoir, l'a acceptée. Il est dès lors normal que chacun des coauteurs de l'acte ressente un grief si cet acte est annulé par un tribunal administratif; chacun d'eux peut donc faire appel. Reste encore à préciser la situation du préfet en ce cas. Actuellement il s'efface devant la personne du ministre : seul ce dernier peut faire appel. Mais c'est le droit commun, et nous ne voyons pas en quoi le fait qu'il s'agisse d'une tutelle par substitution aurait été de nature, comme le laisse entendre M. Guldner (62), à modifier le point de vue du Conseil d'Etat sur les compétences respectives du ministre et du préfet.

Section III

LA QUALITÉ DU DÉFENDEUR (QUELQUES EXEMPLES)

Or ce point de vue est commandé, nous avons essayé de le montrer, par une certaine conception qu'il se fait de la « qualité du défendeur ». Ce n'est donc que dans la mesure où cette conception même évoluera que la jurisprudence se modifiera. Les conséquences auxquelles conduisent les règles actuelles, et leur évolution probable, s'expliquent et se laissent prévoir par notre analyse de la qualité. Il est possible de s'en rendre compte à propos de deux problèmes particuliers.

§ 1. — Le problème du défaut de l'administration.

Depuis que l'appel du demandeur est possible en matière d'excès de pouvoir, il a fallu appliquer l'article 57 de la loi du 22 juillet 1889 qui, contrairement aux règles posées par l'article 456 du Code de procédure civile (63), dispose que, dans un cas de jugement rendu par défaut, l'appel n'est possible qu'à l'expiration du délai d'opposition. Par deux arrêts récents (64), le Conseil d'Etat a appliqué au recours pour excès de pouvoir ce texte qui jouait sans difficulté en matière de plein contentieux. C'était reconnaître que

(62) Conclusions précitées.

(63) Laissant à la partie défaillante le choix entre l'opposition et l'appel.

(64) M.R.L. contre dame Vve Corbeil, 27 juin 1956, R. 272; préfet de la Gironde, 17 juillet 1957, A.J. 1957-2-365, R.D.P. 1958, p. 98.

le jugement rendu en première instance sur une action en excès de pouvoir pouvait être par défaut, et, par là, que le prétendu « défenseur » de l'acte est bien une véritable partie dont les « observations » produisent le même effet que de véritables conclusions, en bref qu'il existe une véritable partie défenderesse au recours pour excès de pouvoir. Mais il faut voir plus en détail comment la Haute Juridiction est arrivée à cette solution, quelles sont les critiques qu'on lui a faites, comment il convient de l'expliquer.

1° On a vu que le ministre est en principe seul habilité à présenter des observations devant le tribunal administratif quand l'Etat est en cause (65). Cette règle a été voulue par les auteurs du décret pour soustraire les tribunaux administratifs à l'emprise des préfets et les élever au-dessus des contingences locales (66). Elle est complétée par l'obligation faite aux tribunaux administratifs de communiquer les requêtes déposées devant eux au ministre intéressé (67). Mais on sait également que dans les faits le préfet a souvent tendance à se considérer comme investi du droit de suivre au plan contentieux l'acte qui est son œuvre; il arrive que le tribunal se rallie à ce point de vue et omette de communiquer la requête au ministre. Si l'acte attaqué vient à être annulé pour excès de pouvoir et que le ministre entende se pourvoir contre cette annulation (68), le Conseil d'Etat admet son opposition et, après l'expiration du délai d'opposition, son appel. Qu'est-ce à dire ?

Admettre la possibilité d'un appel, c'est considérer que les observations présentées en première instance par le préfet ont été suffisantes pour que l'Etat ait été « en cause dans l'instance » puisque l'appel est réservé aux parties en cause. Certes, la formule employée par les arrêts est légèrement différente : « ainsi... l'Etat doit être regardé comme appelé dans l'instance » (69). Il semble pourtant impossible d'admettre que cette formule ne signifie pas « en cause », sauf à préciser ce terme. A défaut d'indications données par le Conseil d'Etat, ce sera notre objet dans un moment.

Mais imposer au ministre le devoir de respecter l'expiration du délai d'opposition, c'est-à-dire indiquer que le ministre pourrait faire oposition, c'est considérer que le jugement de première instance a été rendu par défaut et que les observations présentées par le préfet n'ont pas suffi à lui donner un caractère contradictoire.

---

(65) Article 19 du décret du 28 novembre 1953.
(66) GULDNER, conclusions précitées, A.J. 1957-2-368.
(67) Article 20 du décret du 28 novembre 1953.
(68) Le ministre et non le préfet.
(69) Arrêts précités.

2° On a vivement critiqué cette jurisprudence, pour plusieurs raisons (70) :

Tout d'abord, on a estimé que le Conseil d'Etat se montrait trop « procédurier », et à tort. En effet, le défaut peut être couvert si le ministre s'approprie les conclusions de la requête (71) ; il est donc très strict de faire produire des effets aussi importants au défaut de signature du ministre, d'autant plus que les particuliers eux-mêmes peuvent se trouver liés par cette règle, si leur recours est rejeté et que, croyant la procédure régulière, ils perdent la possibilité de voies de recours par un appel prématuré; c'est leur faire supporter les conséquences d'une faute qu'ils n'ont pas commise (72). Au surplus, on a fait valoir qu'il était regrettable d'imposer le strict respect de l'article 57 de la loi du 22 juillet 1889; cette règle provient en effet de l'ancien article 445 du Code de procédure civile (73), disposition si peu satisfaisante que le nouvel article 456 (74) déclare : « L'appel par la partie défaillante d'un jugement susceptible d'opposition sera recevable même avant l'expiration du délai d'opposition. »

Ensuite, M. Guldner trouve paradoxal d'admettre que le jugement rendu sur simples observations du préfet soit par défaut alors que le jugement rendu après que, mise en demeure de la faire, l'administration n'ait présenté aucune observation, soit au contraire contradictoire (75). Dans le cas de mise en demeure en effet, l'Etat n'est pas représenté du tout, alors que si le préfet défend son acte, il y a tout de même une représentation, vicieuse certes, et qui pourrait justifier l'annulation du jugement pour vice de procédure, mais représentation tout de même.

On a également remarqué qu'il était bien étonnant que le règlement d'administration publique de 1953 ait pu modifier les dispositions légales faisant du préfet le seul agent qualifié pour représenter l'Etat devant le conseil de préfecture (76) et que, en tout cas, il fallait considérer que le préfet avait gardé sa capacité de repré-

---

(70) Guldner, conclusions précitées (non conformes) ; Copper-Royer, A.J. 1956-2-406; Fournier et Braibant, A.J. 1956-2-298; Draco, D. 1956-755.

(71) *Supra*, section II.

(72) Il est vrai qu'ils n'ont qu'à regarder qui a signé les observations.

(73) « Les appels des jugements susceptibles d'opposition ne seront pas recevables pendant la durée pour l'opposition. »

(74) Loi du 23 mai 1942, validée par l'ordonnance du 9 octobre 1945.

(75) Solution qui résulte de l'article 8 du décret du 30 novembre 1953 complétant l'article 9 de la loi du 22 juillet 1889 : le ministre est censé acquiescer, c'est-à-dire qu'il est réputé avoir présenté des observations.

(76) Article 3 de la loi du 28 pluviôse, an VIII ; article 3 de la loi du 10 août 1871.

senter l'Etat devant les tribunaux, une capacité suffisante pour que le jugement puisse être regardé comme rendu contradictoirement.

Surtout, on a reproché à cette jurisprudence de mal s'accommoder du caractère objetif du recours pour excès de pouvoir : « dans le contentieux objectif, les jugements sont opposables à tous, ce qui veut dire qu'ils sont réputés contradictoires » (77) ; « une administration qui plaide, argumente, utilise les voies de recours qui lui sont offertes se comporte en tous points comme une véritable partie » (78).

3° C'est ce dernier point qui semble avoir le plus « accroché » les commentateurs de ces décisions. Il est bien entendu inutile de dire que cette jurisprudence renforce singulièrement notre thèse suivant laquelle l'administration est traitée comme un véritable défendeur, et qu'elle devient tout à fait normale si l'on admet ce point de vue. A supposer même que dans un avenir assez proche l'article 57 de la loi du 22 juillet 1889 soit modifié (79) ou que les préfets reçoivent dans tous les cas le droit de présenter des observations devant les tribunaux administratifs (80), il convient d'exposer rapidement comment notre analyse permet d'expliquer cette jurisprudence (81) à laquelle le Conseil d'Etat semble fort attaché puisqu'il a refusé de suivre son commissaire du gouvernement qui lui demandait de l'abandonner (82).

L'administration est une véritable partie qui, en tant que défendeur, doit justifier d'une qualité définie par l'intérêt et le grief (83). Aucun problème ne se pose généralement car toutes les conditions sont remplies; cependant il est des cas où elles ne le sont pas.

a) Dans une première hypothèse, le grief manque. On a vu (84) que l'appel était alors irrecevable. Rien là que de très normal; « pas de grief, pas de recours pour excès de pouvoir », le principe vaut aussi bien pour le demandeur que pour le défendeur.

b) Dans une deuxième hypothèse, c'est l'intérêt qui est absent. En ce cas l'existence d'un grief vient du fait qu'un acte administratif est attaqué et annulé; l'Etat était donc, par vocation en quelque sorte, « appelé dans l'instance », ou « en cause ». Il était appelé, mais il n'est pas venu, et c'est ce qui explique que le

(77) GULDNER, conclusions précitées.
(78) FOURNIER et BRAIBANT, observations précitées.
(79) Ce qui supprimerait le problème.
(80) Hypothèse assez vraisemblable et qui viendrait à l'appui de nos développements, p. 174.
(81) A vrai dire, c'est cette jurisprudence qui est à l'origine de notre analyse.
(82) Préfet de la Gironde, précité.
(83) Au sens où nous les avons définis.
(84) *Supra*, p. 116 et p. 175.

jugement soit rendu par défaut et l'opposition possible puisque nous considérons que l'Etat est une véritable partie. Il n'est pas venu, mais il était appelé et c'est ce qui explique que l'appel lui reste ouvert; en effet, l'entrée de l'Etat dans l'instance résulte du fait même que l'on attaque l'un de ses actes. Il n'y a là que l'application des principes généraux de la procédure où il est de règle que toute partie condamnée par défaut peut faire appel. Il nous semble donc inopportun de dire que la jurisprudence du Conseil d'Etat manque de logique en affirmant que le préfet représente suffisamment l'Etat pour que ce dernier puisse être regardé comme appelé dans l'instance mais pas suffisamment pour que le jugement rendu sur ses observations soit réputé contradictoire. En fait, l'Etat se trouve en cause du seul fait qu'il existe un recours pour excès de pouvoir. La communication au préfet joue pour lui le même rôle que la signification d'une assignation. Le préfet est un organe de l'Etat; c'est le fait de l'avoir mis au courant du recours pour excès de pouvoir engagé qui justifie la mise en cause. Quant à ses observations, elles sont considérées comme inexistantes car il est sans qualité du fait qu'il n'a pas intérêt, ce qui explique que le jugement soit rendu par défaut. La solution serait donc identique si le préfet ne présentait aucune observation du tout (85). Et ceci renforce l'opinion suivant laquelle l'administration est considérée comme une partie. Les règles d'organisation de l'Etat ne peuvent masquer ce fait; elles le mettent au contraire en lumière de façon particulièrement remarquable puisqu'elles permettent de dégager un cas où le défendeur n'exprimant pas sa volonté est considéré précisément comme une partie n'exprimant pas sa volonté : jugement par défaut malgré le prétendu caractère de procès fait à un acte du recours pour excès de pouvoir.

c) Dans une troisième hypothèse, il n'y a ni intérêt ni grief. Elle est encore théorique mais on pourrait l'imaginer : si le recours pour excès de pouvoir était, par erreur, communiqué à quelqu'un d'autre qu'à un organe de l'Etat, un particulier par exemple. En ce cas, la décision serait encore rendue par défaut, mais l'Etat n'aurait pas été appelé dans l'intance. La seule voie de recours possible serait sans doute la tierce opposition, ouverte à l'Etat commme à toute personne absente d'un débat juridique et qui subit de ce fait un grief; le droit violé nécessaire serait ici le droit au respect de la procédure juridictionnellement régulière. La solution est certes étonnante; elle paraît néanmoins fondée.

---

(85) Cf., *supra*, la théorie de l'organe : la décision de l'administration est considérée comme incomplète tant que le ministre n'a pas fait connaître sa position; elle n'est pas assez élaborée pour produire effet.

§ 2. — Le problème des droits du maire et le caractère hétérogène de la qualité du défendeur.

Beaucoup des hésitations soulevées par la dernière jurisprudence citée auraient été réglées plus facilement si l'on avait pris conscience du fait qu'il existe un défendeur au recours pour excès de pouvoir. Ce qui a sans doute empêché d'en arriver là est que la qualité requise du défendeur est une notion hétérogène, définie pour partie en la personne physique des individus, pour partie en la personne morale dont ils sont les organes. C'est d'ailleurs inévitable puisque les organes *sont* la personne morale. Il reste qu'il y a là un élément de confusion en ce qui concerne le grief. Pour l'intérêt en effet, il s'agit d'une condition objective, prédéterminée par les conditions dans lesquelles est née la personne morale; l'intérêt, c'est au fond la compétence, notion objective. Le problème subjectif de l'attribution de la compétence à un individu donné ne se pose généralement pas dans le cadre des personnes publiques : ou tout va bien et les textes en vigueur s'appliquent, ou des circonstances exceptionnelles existent et l'on ne pense pas à intenter un recours pour excès de pouvoir. En revanche, la question est plus délicate pour le grief. Le grief du défendeur, c'est l'annulation éventuelle d'un acte administratif. Il est toujours apprécié dans la personne morale elle-même mais il est ressenti, plus ou moins vivement, par ses organes, généralement l'auteur de l'acte ou celui qui aurait pu, ou dû, en être l'auteur (supérieur hiérarchique).

Reste une dernière question. Pourquoi le maire, qui peut faire appel d'un jugement annulant un de ses actes, ne peut-il présenter d'observations au recours pour excès de pouvoir intenté contre le même acte ? Il n'y a pas de problème lorsqu'il s'agit comme agent de l'Etat; sa situation est alors identique à celle du préfet. Mais lorsqu'il a agi comme organe de la commune ?

En ce cas, la situation est la suivante : le ministre a tous les pouvoirs d'une véritable partie : il défend en première instance, peut user des voies de recours et défend en deuxième instance; le maire au contraire peut seulement user des voies de recours. On est donc en présence d'un certain paradoxe puisque le ministre a qualité pour agir quoiqu'il ne puisse être considéré comme une véritable partie étant donné que, très évidemment, il ne subit aucun grief. Cette constatation n'infirme pas notre analyse suivant laquelle le défendeur doit justifier d'une qualité de même nature que celle exigée du demandeur.

Si en effet le grief et l'intérêt ne sont pas appréciés dans la même personne lorsque l'Etat agit pour la commune par l'intermédiaire de son ministre, c'est que nous sommes en présence d'une

véritable tutelle en matière juridictionnelle. Il y a en réalité deux défendeurs, ou un défendeur bi-frons : la commune dont l'acte est en cause et dont l'attitude sera appréciée par le juge (86), et l'Etat qui est aussi partie en cause sans qu'une justification théorique puisse être apportée à cette règle autre que le souci du législateur de conserver aux autorités étatiques un droit de regard sur les arguments présentés au juge par des personnes morales dont l'autonomie n'a été reconnue qu'à contre cœur (87). Cette interprétation est singulièrement confirmée par le fait que les règles suivies en ce qui concerne la possibilité pour le maire de présenter des observations en première instance et dant le Conseil d'Etat sont les mêmes pour les recours de plein contentieux.

(86) Cf. *infra*, II[e] partie, titre I[er].
(87) Cf. *supra*, p. 151.

CHAPITRE III

LE DELAI DU RECOURS POUR EXCES DE POUVOIR

La jurisprudence en matière de délai est trop bien connue, répertoriée et classée, à raison de son grand intérêt pratique, pour que nous lui consacrions des développements importants. Au surplus, les règles n'y sont pas spéciales au recours pour excès de pouvoir; certes, les problèmes posés sont généralement évoqués à propos de cette action, parce qu'ils ont historiquement reçu leur solution dans ce cadre et qu'ils y apparaissent plus remarquables, mais ils restent les mêmes pour les autres recours contentieux et, dans une certaine mesure, les autres juridictions administratives que le Conseil d'Etat et les tribunaux administratifs (1). M. Odent l'a d'ailleurs si bien vu qu'il traite de la question dans une même partie de son cours, consacrée aux organes du contentieux administratif (2).

Il faut cependant insister quelque peut sur la signification de la condition de délai car elle présente dans le domaine de l'excès de pouvoir un intérêt particulier.

---

(1) Ecole professionnelle de dessin industriel, 20 avril 1956, D. 1956-322 (conclusions Long), *Rev. adm.* 1956, p. 271 (note Liet-Veaux), A.J. 1956-2-225 (Fournier et Braibant).

(2) Titre III : « La procédure contentieuse administrative... Le délai pour agir », pp. 347-385.

On connaît en effet la différence entre les délais de prescription et les délais de procédure : l'expiration des premiers affecte le pouvoir d'agir tandis que celle des seconds atteint le droit lui-même (3).

Or, du fait que, suivant un processus qui sera détaillé plus loin (4), le succès de l'action en excès de pouvoir crée un droit (5), l'expiration du délai de recours empêche à tout jamais la création du droit recherché par le demandeur. Dès lors le délai combine, en matière d'excès de pouvoir, la nature d'un délai de procédure (l'action est irrecevable) et celle d'un délai de prescription (le droit du demandeur est prescrit).

Cette anlyse confirme, dans une large mesure, le caractère subjectif du recours pour excès de pouvoir; mais il faut la justifier.

Section I

LE DÉLAI DU RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR EST UN DÉLAI DE PROCÉDURE

« Les conditions de recevabilité de la demande en justice ne sont pas les seules, et il existe d'autres conditions de recevabilité, de caractère objectif, au nombre desquelles il faut ranger l'existence d'un délai imparti pour agir en justice » (6). Le délai du recours pour excès de pouvoir participe à la nature des délais de procédure en ce sens que son expiration constitue une véritable fin de non-recevoir qui s'oppose à l'exercice de l'action; à la différence d'une défense au fond, elle a pour conséquence que le tribunal saisi refusera d'examiner le bien-fondé de la demande; à la différence d'une exception, elle paralyse définitivement l'exercice du pouvoir d'agir.

A cette notion du délai de recours, une étude exhaustive des règles de procédure (7) devrait rattacher le caractère de brièveté qui est le sien.

Ce caractère se manifeste d'abord en ce qui concerne la possibilité de se pourvoir contre une décision implicite : la loi du 7 juin 1956 comme la jurisprudence (8) donnent en effet au sujet du recours pour excès de pouvoir des solutions plus strictes encore

---

(3) Cf. Vasseur, « Délais préfix, délais de prescription, délais de procédure », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1950, p. 439.

(4) *Infra*, II[e] partie.

(5) Et permet seul d'atteindre ce résultat ; cf. sur ce point, *supra*, p. 53.

(6) Vasseur, *op. cit.*, p. 455.

(7) Rappelons que notre travail ne cherche pas à détailler ces règles, mais vise à en dégager la signification essentielle.

(8) Ecole professionnelle de dessin industriel, précité.

que pour les actions de plein contentieux et celles qui sont portées devant les juridictions administratives rattachées au Conseil d'Etat par la voie de la cassation, accentuant ainsi l'aspect objectif de la fin de non-recevoir tenant au délai.

C'est encore à la brièveté du délai qu'il faut rattacher les règles applicables au cas de décisions nouvelles. Le Conseil d'Etat admet en effet qu'après un premier rejet un nouveau recours soit intenté dans la mesure où, du fait de l'administration ou par suite d'un changement de circonstances, la décision initiale fait place à une décision nouvelle. La manière dont la jurisprudence est née sur ce point et la façon dont elle a évolué manifestent à l'évidence que la Haute Juridiction a eu pour souci essentiel de faire respecter le délai de deux mois, en interdisant qu'on en tourne la limite au prétexte de décision nouvelle non confirmative (9) ou de changement des circonstances (10).

On peut déduire deux conclusions du fait qu'un délai de procédure existe en matière d'excès de pouvoir.

La première est que ce délai, depuis longtemps considéré comme d'ordre public (11) apporte une preuve supplémentaire du fait que le recours pour excès de pouvoir est bien un recours contentieux ; il est en effet de règle que les recours administratifs, et spécialement hiérarchiques, sont en principe recevables sans limite de temps (12).

La seconde est que, partant du principe général suivant lequel tout droit peut être déduit en justice sans condition de délai, on doit considérer le délai de deux mois comme apportant la preuve *a contrario* que le recours pour excès de pouvoir n'est pas une action permettant de faire valoir des droits, qu'il n'ouvre donc pas un litige subjectif. Mais à notre avis, cette déduction est inexacte, pour deux raisons. D'une part, on ne peut déduire la nature d'un contentieux du seul fait qu'il y existe un délai pour agir; cette fin de non-recevoir, de nature objective, se retrouve en effet dans tous les contentieux, et spécialement dans le domaine de la pleine juridiction. D'autre part, et surtout, le délai de recours

(9) Martin, Piteau, Lhuillier, 28 mars 1952; Gerbaud, 4 avril 1952; cf., à ce sujet, les points de vue de MM. Donnedieu de Vabres (R.D.P. 1952, p. 482), Waline (*id.*), P. L. J. (D. 1952-342), Auby (S. 1952-3-97), Vedel (J.C.P. 1952-II-7132).

(10) Jurisprudence Despujol (10 janvier 1930, S. 1930-3-41, note Alibert, D. 1930-7-16, note P. L. J.), avec ses limites (Lemeune, 23 novembre 1938, R. 874).

(11) Cf. Laferrière, T. II, p. 454, note 1 : depuis un arrêt de Carbon (9 juin 1899), « le droit d'opposer d'office la déchéance n'a jamais fait de doute ».

(12) Auby, *Les recours administratifs*, A.J. 1955-1-117; spécialement, p. 118, colonne 1.

pour excès de pouvoir doit s'analyser comme confortant l'aspect subjectif de cette action car, par beaucoup de ses aspects, il a la nature d'un délai de prescription.

Section II

LE DÉLAI DE RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR EST UN DÉLAI DE PRESCRIPTION

Il en est ainsi à notre avis pour des raisons qui tiennent à sa technique, à son fondement, aux effets que produit son expiration.

§ 1. — La technique de computation du délai.

Le délai du recours de pouvoir n'est pas en effet un délai préfix, il n'est pas lié à l'acte administratif critiqué mais bien à la situation du demandeur, comme le délai du recours de plein contentieux. C'est un délai souple.

Qu'ils parlent d'assouplissements (13), de prorogations (14), d'interruption (15), de suspension (16), de conservation (17), de prolongation (18), ou d'actes faisant revivre le délai du recours les auteurs sont unanimes à souligner que le délai de recours pour excès de pouvoir n'a pas la rigidité que l'on aurait pu, *a priori*, croire liée à sa brièveté. Il apparaît au contraire qu'il est adapté à chaque demandeur. Il ne s'agit pas ici de la question des délais de distance qui n'est que l'application des principes généraux de la procédure (20), ni même du problème des lois prolongeant ou rouvrant les délais de procédure. Ces dernières sont très variées et relativement nombreuses : outre les cas exceptionnels des temps de guerre (21), on peut citer comme exemples dans la période contemporaine la loi du 7 février 1953 sur la réparation des préju-

---

(13) Duez et Debeyre, p. 731.
(14) Odent, p. 358; de Laubadère, p. 358.
(15) Waline, p. 464.
(16) Rolland, p. 344, n° 393 *in fine*.
(17) *Recueil Lebon*, Tables.
(18) Recueils de jurisprudence, notamment *L'actualité juridique*.
(19) Laferrière, T. II, p. 462.
(20) Il faut cependant marquer qu'il y a là une preuve du fait que le délai du recours n'est pas lié à l'acte, mais à la situation du demandeur. Pour une hypothèse particulièrement remarquable, cf. Hames, T.A. Oran, 6 février 1956, A.J. 1956-2-123.
(21) Lois prorogeant les délais jusqu'à la dats de suspension des hostilités (loi du 26 octobre 1946) ou autorisant le juge à relever certains requérants de la forclusion s'ils justifient avoir été empêchés d'exercer leur action (loi du 29 octobre 1940).

dices de carrière, la loi du 6 août 1953 sur l'amnistie, la loi du 17 décembre 1953 relative aux forclusions encourues du fait des grèves survenues au mois d'août 1953 (22). Leur conséquence commune est d'assouplir le délai de recours et de permettre un recours pour excès de pouvoir malgré son expiration. Quelque notable qu'il soit, ce fait ne nous retiendra pas: c'est qu'il s'agit de mesures qui, à raison de leur caractère exceptionnel, ne suffiraient pas, si elles étaient seules, à affecter le principe de la fixité du délai de recours.

Plus importantes en revanche nous apparaissent les règles jurisprudentielles qui adaptent la durée de recours à chaque demandeur, d'une part en fonction de sa situation, d'autre part en considération de l'action qu'il peut mener.

Première règle :

LE DELAI VARIE EN FONCTION DE LA SITUATION DU DEMANDEUR.

A la notion statique de situation du demandeur correspondent des règles tenant au point de départ du délai, notion statique elle aussi. On constate en effet qu'à l'égard d'un même acte administratif, le délai peut commencer à courir à des dates différentes; c'est une nouvelle preuve du fait que le délai n'est pas lié à l'acte administratif lui-même mais apprécié en la personne de chaque requérant. Parfois le point de départ diffère parce qu'il y a différents demandeurs et suivant leur situation; d'autres fois, il est laissé, dans une certaine marge, à la disposition du demandeur.

A. — Points de départs différents pour différents demandeurs.

1° On sait que « la juridiction administrative ne peut être saisie que... dans les deux mois à partir de la publication ou de la notification de la décision attaquée » (23) ; la règle est d'ailleurs traditionnelle. La publicité des actes administratifs est une condition formelle de leur entrée en vigueur (24) ; et tout naturellement, elle

(22) Cette loi, combinée avec une jurisprudence Sorin (23 mars 1956, R. 137), répute valable tout acte de procédure qui aurait dû être accompli entre le 1er avril et le 1er septembre 1953 s'il a été fait avant le 20 janvier 1954.

(23) Loi du 7 juin 1956.

(24) L'administration peut néanmoins prendre sur la base du texte non publié des mesures qui ne seront obligatoires qu'après la publication (de Noblet d'Anglure, 24 mai 1935, R. 594).

marque également la date à partir de laquelle ils peuvent être attaqués. Mais elle peut se réaliser sous deux formes : la publication et la notification (25). Aucun texte n'impose de choix entre ces deux procédés (26). Pourtant, la logique impose que les actes réglementaires soient publiés et les décisions individuelles notifiées. Pour les décisions collectives, tout dépend du nombre d'individus touchés; elles sont généralement publiées dans les publications intérieures des ministères, les bulletins professionnels, les journaux locaux d'annonces légales.

On voit immédiatement le problème qui peut se poser, qui se pose en fait souvent. Etant donné le grand nombre de personnes susceptibles d'être affectées par les conséquences d'un acte administratif et l'impossibilité pratique de leur notifier à chacune la décision, ou même de l'insérer au *Journal Officiel* (27), toutes les formes de publicité restreinte sont susceptibles de créer une situation qui se révèle différente pour chacun des demandeurs éventuels, les diverses personnes susceptibles de se pourvoir ayant eu connaissance de l'acte qu'elles entendent attaquer à une date différente. Dans ces cas, la juridiction administrative admet que le point de départ du délai de recours n'est pas le même pour chacune d'elles; ce n'est d'ailleurs que justice.

La jurisprudence est très abondante sur ce point. Nous n'en citerons que quelques exemples. C'est ainsi que la publication au recueils des actes administratifs de la préfecture d'un arrêté préfectoral ne fait pas courir le délai à l'encontre des intéressés non abonnés à ce recueil (28), mais qu'elle fait courir le délai à l'égard des fonctionnaires appartenant à l'administration qui publie ce bulletin (29). De même, dans le cas de mesures concernant les fonctionnaires, les intéressés sont forclos deux mois après la notification qui leur a été faite alors que leurs collègues disposent de deux à dater de la publication (30). Il faut d'ailleurs remarquer que le Conseil d'Etat exige, contrairement à la fiction créée pour le *Journal Officiel*, que le ministre apporte la preuve à la date à laquelle

(25) La signification n'est guère utilisée que pour les décisions juridictionnelles : article 51 de la loi du 22 juillet 1889, modifié par le décret du 30 septembre 1953.

(26) La rédaction de l'article 49 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 semble indiquer que la règle générale est la publication.

(27) Ce qui, sauf texte contraire, fait en tout cas courir le délai : Fédération nationale des cadres de l'assurance, 28 février 1951, R. 121.

(28) Demoiselle Larue, 9 décembre 1953, appliquant une jurisprudence constante Beaumont et Fédération nationale des transporteurs, 11 juillet 1934, D. 1934-1-43 (conclusions Andrieux).

(29) Grip, Blisnick et Hachette, 12 novembre 1955, R. 538.

(30) Syndicat des employés de la préfecture d'Alger, 8 juin 1951, R. 324.

un bulletin intérieur « est parvenu au lieu d'exercice par les intéressés de leurs fonctions » (31). Il rend ainsi plus sensible encore le décalage possible entre la date où les personnes visées par le dispositif de l'acte en ont connaissance (notification) et celle où les autres intéressés sont censés l'avoir connu (publication). Ajoutons enfin que la sitution inverse peut se présenter : au cas de publication d'une décision individuelle sans signification, le délai court normalement à l'égard des tiers mais non contre la personne visée par la mesure (32).

2° Cette jurisprudence s'explique par le souci d'éviter tout arbitraire adinimstratif; il reste qu'elle consacre la prise en considération des situations particulières dans l'appréciation du délai requis pour se pourvoir contre un acte administratif. La chose est encore plus manifeste dans les cas où la jurisprudence admet qu'un acte dont la publicité n'a pas été régulière n'est cependant attaquable que dans les deux mois du jour où le requérant en a eu connaissance. En ces hypothèses encore, le point de départ est différent suivant les requérants et la « connaissance acquise » qu'ils ont eue de la décision. Certes, le Conseil d'Etat n'est pas revenu à sa très ancienne jurisprudence (33), et il n'admet pas comme suffisant à faire courir le délai en l'absence d'une publicité régulière le fait que le demandeur ait cessé d'exercer ses fonctions (34), ou qu'il se soit fait délivrer copie de l'acte attaqué (35) ; les décisions sont nombreuses sur ce point. Mais une évolution semble se manifester : en dehors même des membres d'une assemblée délibérante à l'égard desquels le délai court du jour de la délibération litigieuse (36), la publication d'un acte qui implique nécessairement l'existence d'un acte antérieur non publié fait courir le délai contre ce dernier acte ((37) et surtout le fait d'axoir exercé un recours gracieux ou hiérarchique paraît bien de nature à servir de point de départ au délai (38). C'est dire que, parmi plusieurs personnes intéressées par la même décision, le délai de recours peut partir de dates diffé-

(31) Grip, Blisnick et Hachette, précité.

(32) Bradier, 16 mars 1951, R. 167; Goedert, 29 novembre 1957, R.P.D.A. 1957, n° 435.

(33) Qui admettait la connaissance acquise : Castes, 13 août 1851, R. 641; canal de Beaucaire, 22 novembre 1855, R. 658.

(34) Chabani, Mekki, Cherifi, Laribi, 2 novembre 1956, A.J. 1957-2-51.

(35) Grenet, 5 octobre 1955, Somm., p. 773, à propos d'un recours contre une autorisation de construire.

(36) Delmas, 23 mai 1939, R. 360.

(37) Fabre Mercier, 25 juin 1954, R. 383.

(38) Crégut, 7 juillet 1954, R. 432; Castelli, 27 avril 1956, A.J. 1956-2-400; Cabrol, 7 mai 1956, R. 184; Chateauraynaud, 13 juin 1956, A.J. 1956-2-400; Têtefort, 2 février 1957, A.J. 1957-2-49.

rentes quoiqu'elles en aient connaissance le même jour. Ajoutons qu'il paraît peu logique de faire produire à un simple recours gracieux, qui peut être oral (39), des effets plus étendus qu'à la cessation de fonctions...

Le point de départ du délai est ainsi, dans une certaine mesure, à la discrétion du requérant.

B. — Points de départ différents pour un même requérant.

Il en va encore ainsi dans deux hypohèses particulières au moins.

1° La première concerne les actes réglementaires qui servent de fondement à une décision individuelle ou réglementaire. En ce cas, le requérant peut, en attaquant la seconde mesure, critiquer la légalité du premier texte, pourtant non contestée dans les délais. Posé d'abord pour les mesures d'application individuelles (40), le principe a été étendu aux actes réglementaires (41) ; il est cependant limité dans son application car le règlement initial (42) n'est attaquable qu'en celles de ses dispositions qui fondent la décision subséquente (43). Mais il est certain que cette jurisprudence permet à un même requérant d'attaquer le règlement initial ou la décision qui lui fait suite, à sa volonté. Le point de départ du délai pour se pourvoir contre celles des dispositions du texte initial dont il prétend qu'elles lui font grief est donc variable : publicité du premier texte ou du second.

2° Il en va de même pour le contentieux des opérations complexes, adjudication et concours notamment. Le demandeur peut se pourvoir contre chacun des actes de ces opérations qui lui fait grief. Et il est recevable à le faire dans les deux mois de sa publicité ou dans le délai ouvert par celle du dernier des actes générateurs de la solution finalement adoptée. Ainsi tout candidat à un concours est recevable à critiquer les nominations qui lui font suite en invoquant l'irrégularité d'une des opérations (44), voire même l'établissement de la liste des candidats (45), à la condition toute-

---

(39) Delzant, 7 novembre 1956, R. 421 .

(40) Poulin, 25 mai 1908, R. 580 : « Le sieur P... n'est plus recevable à demander l'annulation de ce règlement, dont il lui appartiendrait seulement de contester la légalité à l'occasion des actes administratifs qui pourraient intervenir pour lui en faire application. »

(41) Syndicat des commerçants détaillants de Lyon, 17 juin 1938, S. 1939-3-44; Comité de défense des libertés professionnelles de l'ordre des experts comptables, 15 juillet 1954, R. 488.

(42) La règle ne joue pas pour les mesures d'application d'un acte individuel : Société auxiliaire de gestion et d'avances, 18 mai 1945, S. 1947-3-37.

(43) Dame Denayer, 18 février 1949, R. 80.

(44) Brenier, 1er juillet 1955, R. 376.

(45) Azoulay, 3 mai 1957, R. 278.

fois d'avoir participé aux épreuves (46). Là aussi, le délai du recours a un point de départ variable à la volonté du requérant. Mais il y a plus encore et la jurisprudence consacre la possibilité pour le demandeur de modifier le cours même du délai dont le point de départ est ainsi mobile.

Deuxième règle :

LE DELAI VARIE EN FONCTION DE L'ACTIVITE DU DEMANDEUR.

A la notion d'activité du demandeur, dynamique, correspondent des règles relatives à la durée du délai pour se pourvoir en excès de pouvoir. Ce dernier est en effet susceptible d'être conservé par l'exercice d'un recours gracieux, hiérarchique ou contentieux, préalablement à l'instance en excès de pouvoir devant le tribunal compétent. C'est-à-dire que le délai théoriquement égal à deux mois est susceptible en fait de durer plus longtemps, huit mois ou même davantage.

Partant de cette idée que « sous les formes diverses de ces recours administratifs ou contentieux se cache une seule et même réalité qui est celle de la réclamation contentieuse... laquelle est le droit lui-même, ou l'intérêt légitime lui-même, dans son état de prétention contentieuse » (47), on est amené à dégager deux séries de règles, qui tiennent tant à la phase préalable de la réclamation qu'à sa phase définitive, deux séries de conditions étant exigées pour que le recours préalable conserve la possibilité d'introduire ultérieurement un recours pour excès de pouvoir.

A. — Conditions tenant a la phase préalable de la réclamation contentieuse.

Ces conditions sont de deux ordres et concernent la nature du recours introduit et le délai dans lequel il doit être introduit.

1° L'idée générale est que le délai du recours pour excès de pouvoir ne peut être conservé que dans la mesure où l'instance (48) créée par le recours préalable est elle-même de nature à provoquer la disparition de l'acte incriminé (49). Il en est ainsi tout naturel-

(46) Lombard, 2 novembre 1956, R. 407.

(47) Hauriou, note sous Raynaud, 25 mai 1928, S. 1928-3-81.

(48) Nous employons ici ce terme sans signification technique précise, au sens de « débat ».

(49) S'il n'en est pas ainsi, le recours n'est pas conservé : Dubois, 3 décembre 1952, R. 555 ; de même, une requête gracieuse ne conserve le délai de recours que si elle émane d'une personne ayant qualité pour agir : Berguin, 15 juin 1955, R. 773.

lement du recours hiérarchique qui fait appel au pouvoir de réformation du réceptionnaire de la requête (50), et du recours gracieux qui fait appel à son pouvoir de retrait (51), même quand il s'agit d'actes réglementaires (52). Mais le Conseil d'Etat est allé plus loin encore et, pour ne pas faire produire de conséquences trop strictes aux erreurs, souvent excusables, commises par les requérants sur la portée des règles de compétence contentieuse et d'organisation administrative, il a nuancé sa jurisprudence.

Ainsi, le délai pour se pourvoir devan tle tribunal compétent est conservé par une instance introduite devant une juridiction (53) ou un tribunal (54) incompétents pour en connaître (55), par une demande d'assistance judiciaire (56), par une requête irrecevable à raison d'un vice de procédure (57). En bref, par tout acte qui manifeste sans équivoque la volonté du demandeur de soumettre la validité d'un acte administratif au contrôle des tribunaux.

Il en va de même pour certains recours administratifs portés devant une autorité incompétente pour les examiner; s'ils ne sauvegardent pas en principe le délai (58), le Conseil d'Etat admet cependant qu'ils le fassent dans la mesure où l'autorité administrative compétence peut être considérée comme ayant été saisie de la réclamation (59) et dans celle où le demandeur est particulièrement excusable de son erreur (60).

Dans ces deux hypothèses exceptionnelles, il semble que la Hauee Juridiction considère d'une part le fait que « l'administration n'a pu ignorer la prétention du requérant » (61), d'autre part

---

(50) La question n'a jamais fait de doute sur ce point. LAFERRIÈRE, T. II, p. 462.

(51) Marchelli, 12 janvier 1917, R. 42, et jurisprudence constante.

(52) Canat, 4 décembre 1935, R. 1135.

(53) Reynaud, 25 mai 1928, S. 1928-3-81 (note HAURIOU) et jurisprudence constante.

(54) Vinciguerra, 23 mars 1945, R. 56, et jurisprudence constante.

(55) Sauf en matière électorale; élections de Vezzani, 27 février 1953, R. 105.

(56) Bassac et Desprès, 6 août 1916, R. 282, et jurisprudence constante.

(57) Druard, 28 avril 1950, R. 243, pour une requête de plein contentieux présentée sans avocat.

(58) Société L'Hirsonaise, 4 mai 1906, R. 369; Fouque, 7 novembre 1934, R. 1025; demoiselle Lecomte, 29 janvier 1936, R. 132, etc.

(59) Par exemple : Maury (2 juin 1938, R. 519), pour un recours au préfet contre une délibération de la commission départementale; Di Lella (26 mai 1950, R. 480), pour une pétition contre une décision ministérielle adressée au Président de la République; Leuger (18 janvier 1929, R. 75), pour une réclamation contre un arrêté de débet pris par le ministre de la Guerre et exécuté par le ministre des Finances, etc.

(60) Par exemple, Nemours (22 novembre 1944, R. 301) : réclamation du médecin d'un hôpital révoqué adressée au secrétaire d'Etat à la Famille et à la Santé, alors que le ministre de l'Intérieur eût été compétent car les attributions du secrétaire d'Etat n'étaient pas encore fixées.

(61) WALINE, p. 464.

l'attitude du demandeur qui entend se défendre contre l'acte incriminé. Cette double préoccupation constitue un nouveau signe du fait que le recours pour excès de pouvoir est bien un litige entre parties.

2° Mais, « si la jurisprudence admet qu'une instance autre que le recours pour excès de pouvoir puisse faire obstacle à la cristallisation des rapports de droit résultant de la décision intervenue, du moins est-il nécessaire que cette instance ait été formée avant l'expiration du délai dont le terme marque la consolidation de la situation créée par cette décision » (62), c'est-à-dire des deux mois du recours pour excès de pouvoir. Ce principe est absolument constant et le Conseil d'Etat ne l'applique pas sans une certaine sévérité, refusant par exemple de prolonger le délai de recours gracieux à raison de la distance.

B. — Conditions tenant au recours contentieux qui lui fait suite.

Le recours contentieux dont le délai a été préservé par l'exercice d'une instance préalable doit d'abord être introduit dans les deux mois du jour où la première réclamation a été rejetée : jour de la décision expresse de rejet, jour où la décision implicite doit être considérée comme acquise (63), jour où le jugement d'incompétence a été notifié ou signifié au requérant (64). Le laps de temps total dans lequel le tribunal compétent peut être saisi d'un recours pour excès de pouvoir est ainsi très variable : deux mois si l'intéressé choisit de se pourvoir immédiatement devant lui, de quatre à huit mois s'il adresse d'abord un recours gracieux ou hiérarchique (65), davantage encore s'il a saisi un tribunal qui se déclare incompétent (66).

---

(62) Note J. G. sous demoiselle Ducrot (22 janvier 1950) et Durand (28 avril 1950) au D. 1951-115.

(63) Quand les lois et règlements subordonnent une demande à une procédure d'instruction susceptible de durer plus de quatre mois, c'est seulement à l'expiration du délai normalement nécessaire à l'accomplissement des formalités que la décision de rejet est considérée comme acquise. Société du canal d'irrigation de Craponne, 18 novembre 1938, R. 858.

(64) S'il ne l'a pas été, le délai de deux mois ne commence pas à courir; cf., par exemple : Thierry, 23 février 1940, R. 77; Etablissements Cotelle et Foucher, 9 janvier 1956, R. 11.

(65) Deux mois pour adresser le recours, d'un jour à quatre mois pour que l'autorité prenne une décision, deux mois pour attaquer cette décision.

(66) A la limite, la condition de délai disparaît si le jugement n'est ni notifié, ni signifié.

Il faut encore que le recours contentieux soit identique par son objet (67) et ses conclusions (68) au recours préalable qui l'a précédé. S'il n'en est rien, on ne peut considérer la « réclamation contentieuse » comme formant un tout; en conséquence, le délai du recours pour excès de pouvoir n'est pas conservé. Bien entendu, le fondement de cette jurisprudence est l'idée de cause juridique de la demande (69).

Enfin, une troisième condition, qui exigeait que le recours pour excès de pouvoir soit introduit devant le tribunal compétent, a récemment disparu avec une décision Meallet (70), préparée par l'attitude de certains tribunaux administratifs (71).

L'esprit des règles ainsi posées rejoint sans nul doute les dispositions de l'article 2246 du Code civil : « La citation en justice, même donnée devant un juge incompétent interrompt la prescription ». Mais la nature de prescription du délai de recours ne se déduit pas seulement de sa technique; elle résulte aussi du fondement qu'il faut attribuer.

§ 2. — Le fondement du délai.

Ce fondement est, semble-t-il, double. Comme l'écrivait M. Wasmer dans le rapport qu'il présentait à l'Assemblée nationale sur la loi du 7 juin 1956 (72), la brièveté du délai en matière de recours pour excès de pouvoir, notamment le fait qu'il ne soit pas en principe rouvert par une décision expresse survenant plus de deux mois après la décision implicite, se justifie parce que « la sécurité et l'efficacité des décisions administratives, le respect des droits créés par elles exigent qu'au bout d'un certain délai ces décisions soient devenues définitives ». Il faut donc distinguer deux points : le respect des droits créés par les décisions administratives, la sécurité et l'efficacité des décisions administratives.

A. — Le respect des droits créés par les décisions administratives.

Si une décision administrative défavorable au requérant a créé des droits au profit de tiers, les règles applicables découlent sans difficulté des principes généraux de la procédure. On sait en effet

(67) Queimel, 27 avril 1928, R. 542.
(68) Preziosi, 3 juin 1953, R. 750 : une demande d'annulation est différente d'une demande de sursis.
(69) Cf. *infra*, II[e] partie, titre III.
(70) Meallet, 24 janvier 1958, D. 1958-326, conclusions Guionin.
(71) Aldègue, T.A. Oran, 3 novembre 1955, A.J. 1955-2-61.
(72) « Documents », A.N., 11745, J.O. du 28 octobre 1955.

que l'annulation d'un acte administratif produit des effets aussi largement rétroactifs que possible; on sait également que le respect des droits acquis est l'une des dominantes du droit français. En conséquence, « lorsque l'exécution intégrale d'un arrêt d'annulation aurait pour conséquence de porter atteinte à un droit acquis d'un tiers, cette exécution doit s'arrêter au point précis où commence le droit acquis » (73). Enfermer le droit de demander l'annulation d'un acte administratif dans un délai aussi bref que possible, c'est donc se prémunir contre l'impossibilité ultérieure de faire produire au recours les effets qui en justifient l'existence.

Cette prise en considération des droits acquis commandait déjà la jurisprudence suivant laquelle, même si elle pouvait être considérée comme différente à raison de mesures d'instruction nouvelles, une deuxième décision ne rouvrait pas les délais de recours dès lors que certains tiers avaient acquis des droits de la première (74). Il est presque inutile de rappeller qu'elle commande également la position de la juridiction administrative en matière de retrait : même illégal, un acte qui a créé des droits ne peut être annulé rétroactivement par l'administration. Quand les délais du recours sont expirés, il peut simplement être abrogé pour l'avenir, purement et simplement s'il s'agit d'un règlement, par la procédure de l'acte contraire s'il s'agit d'une mesure individuelle (75).

Sans rechercher quel est le contenu de la notion de droits acquis (76), ni même quelles sont les décisions administratives ne créant pas de droits acquis (77), il faut prendre acte de la position du Conseil d'Etat. En effet, lier le problème du délai de recours à celui des droits acquis, c'est indubitablement lui donner un fondement qui n'a rien d'objectif. Certes, il ne s'agit pas des droits de l'administration et nous ne prétendons pas que la puissance publique ait un droit subjectif au maintien de ses actes (78). Nous ne

(73) Prosper WEIL, *op. cit.*, p. 106.

(74) *Id.*, p. 193.

(75) Cf. COPPER-ROYER, A.J. 1954-I-161, « Les conditions du retrait d'un acte administratif individuel »; WALINE, « Le retrait des actes administratifs », *Mélanges Mestre*, 1956, p. 562.

(76) Sur le caractère équivoque et souple de cette notion, cf. observations LEFAS, in *Etudes et documents*, 1949, p. 72.

(77) Il y aurait les mesures de bienveillance (Syveton, 28 juin 1901, R. 584), les mesures négatives (Société Duchet, 27 juin 1947, R. 283, au sujet d'un refus d'autorisation), les décisions ne créant pas de droits définitifs (Compagnie maritime de l'Afrique orientale, 5 mai 1944, R. 129, pour une autorisation de voirie), mais aussi les décisions « nulles et de nul effet » ou inexistantes, bien difficiles à analyser et à définir.

(78) Elle n'a pas davantage de droits subjectifs à faire valoir en matière de plein contentieux, et pourtant le plein contentieux est unanimement présenté comme subjectif.

prétendons pas davantage que le fondement du délai de deux mois ait toujours été la considération de droits acquis : il est certain qu'il n'en est pas ainsi. Mais ce qui nous semble particulièrement remarquable, c'est le fait que, actuellement, la brièveté du délai de recours est, partiellement au moins, justifiée par les droits qu'ont pu acquérir des tiers. Il semble donc inexact de la présenter comme rendant impensable la possibilité pour le recours pour excès de pouvoir d'ouvrir un véritable litige entre parties; c'est à raison des droits définitivement créés par l'acte pour les tiers que le procès devient impossible.

Reste à expliquer comment et pourquoi un acte par définition illégal (79) peut créer des droits au profit des tiers dans un délai aussi bref. On rejoint alors le deuxième fondement attribué à la brièveté du délai.

B. — La sécurité et l'efficacité des décisions administratives.

Le caractère très bref du délai est souvent présenté comme « un procédé technique destiné à assurer la stabilité des situations juridiques créées par les actes des diverses autorités administratives (80).

Et le principe même de la création d'un état de droit par le seul fait de l'écoulement d'un délai est connu dans toutes les branches du droit, sous le nom de prescription. Cependant les prescriptions du droit commun sont généralement assez longues : trente ans pour le droit commun, cinq ans pour les arrérages de dettes civiles, quatre ans pour la déchéance quadriennale, six mois pour les créances d'hôteliers et traiteurs à raison de la nourriture et du logement qu'ils fournissent, etc. Certes, les motifs qui ont inspiré ces règles semblent sans rapport avec le fondement du délai de recours pour excès de pouvoir, c'est-à-dire « l'autorité de la chose décidée » (81) qui s'attache à la décision administrative. Pourtant, dans les deux cas il s'agit d'assurer la stabilité des situations juridiques; et cela d'autant plus rapidement que le droit d'action du demandeur apparaît moins digne d'intérêt (82) ; or, le droit d'action

---

(79) S'il ne l'est pas, la fin de non-recevoir tirée du délai existe encore, mais parfois le Conseil d'Etat préfère ne pas l'opposer et rejeter le recours au fond. Cf., par exemple, Dirat, 26 mai 1950, R. 322.

(80) Liet-Veaux, sous Ecole professionnelle de dessin industriel, précité; dans le même sens, cf. Odent, p. 348; Duez et Debeyre, p. 369; Waline, p. 461; de Laubadère, p. 358.

(81) L'expression est de M. Vedel, dans son Cours de licence, 2e année.

(82) Par exemple, si les pensions alimentaires n'arrérageant pas, c'est que le bénéficiaire qui les a laissées se prescrire est considéré, du fait de sa négligence, comme n'en ayant pas réellement besoin.

du particulier contre une décision prise par la puissance publique est, de tous, celui qui suscite le plus de méfiance (83).

La contradiction apparente entre la nature du délai de prescription du délai de recours et sa durée plus brève que les délais du même genre en droit civil s'explique facilement en analysant les effets produits par son expiration.

§ 3. — Les effets de l'expiration du délai.

Lorsque le demandeur est forclos, son action devient irrecevable; c'est l'effet normal de l'expiration d'un délai de procédure. Mais l'analyse doit être poussée plus loin.

A partir du moment où le recours pour excès de pouvoir cesse d'être possible, le droit que cette action permettait de faire valoir ne peut plus être sanctionné. Dès lors, l'écoulement du délai de recours produit les effets de la prescription extinctive. On comprendra mieux cette proposition après avoir examiné comment le succès du recours pour excès de pouvoir crée un droit (84); mais il convient de signaler ici deux manifestations de son bien-fondé.

Dans l'hypothèse où le requérant aurait eu raison, l'expiration des deux mois lui enlève à jamais la possibilité de faire prévaloir son point de vue; son droit est prescrit. Le retrait de l'acte à titre gracieux est en effet devenu impossible s'il a créé des droits au profit de tiers. Dans l'hypothèse inverse, le retrait est possible. Mais ces hypothèses sont rares; de ce fait, elles confirment notre analyse. On sait en effet que l'expiration d'un délai de prescription n'empêche pas un défendeur de reconnaître bien fondée la demande de son adversaire; simplement, elle lui laisse à ce sujet un pouvoir discrétionnaire.

Une autre confirmation de la conception du délai comme une prescription réside dans le fait que certains arrêts sont longuement motivés au fond malgré l'expiration du délai (85). Ils manifestent ainsi que le délai est, comme la prescription, une défense au fond, à laquelle la juridiction peut préférer une autre défense au fond. Il serait au contraire difficilement explicable que le Conseil d'Etat néglige une fin de non-recevoir d'ordre public pour statuer au fond; ce serait prêter aux membres de la Haute Juridiction d'inconcevables lacunes dans leur culture juridique... De même, on ne peut

(83) Manifeste lors des premières années du recours (cf. *supra*, p. 72), ce sentiment existe encore aujourd'hui, dans une certaine mesure au moins.

(84) Parce que le droit naît de l'action, le délai qui affecte l'exercice du pouvoir d'agir (c'est un délai de procédure) affecte aussi le droit que ce pouvoir aurait permis de créer (c'est un délai de prescription). Cf. *infra*, II[e] partie.

(85) Par exemple, Dirat, 26 mai 1950, R. 322.

logiquement expliquer les assouplissements apportés au délai qu'en faisant appel à la notion de prescription, interruptible dès lors que l'intéressé a manifesté sa volonté d'agir.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

L'examen des conditions auxquelles est attribué le pouvoir d'agir en excès de pouvoir confirme ainsi, jusque dans la condition de délai, les résultats obtenus d'une analyse du contenu de ce pouvoir : le recours pour excès de pouvoir est un procès qui se déroule entre un demandeur et un défendeur qui utilisent une véritable action en justice et ne sont admis au prétoire que dans la mesure où ils justifient d'une qualité, définie et appréciée en fonction de facteurs subjectifs, c'est-à-dire tenant à leur situation juridique particulière.

Mais il faut chercher le grain des choses sous la paille des mots; l'on ne peut parler de parties au recours pour excès de pouvoir qu'après avoir montré que, sous son aspect externe de litige entre parties, le procès ouvert par l'exercice d'une action en excès de pouvoir fait bien valoir un droit.

C'est à cette démonstration que va s'attacher notre deuxième partie.

DEUXIEME PARTIE

Les personnes en cause au recours pour excès de pouvoir font valoir un droit

On sait que le deuxième élément qui concourt à définir la notion de partie est le droit que leur action permet de faire valoir. Et il nous semble que le demandeur au recours pour excès de pouvoir fait, dans la généralité des cas, valoir un droit; ainsi ne peut-il être assimilé au ministère public du procès pénal.

Avant toute chose, il faudra rappeler les controverses doctrinales qui se sont élevées sur ce point; ce sera l'objet d'un *titre préliminaire* à la fin duquel nous poserons les grandes lignes de notre argumentation.

Trois titres seront ensuite consacrés à rechercher les éléments du droit déduit en justice par l'action en excès de pouvoir. Ce droit est évidemment lié à la demande en justice puisque c'est le succès de cette dernière qui en conditionne l'existence et la portée. La liaison du droit et de la demande sera exposée à sa place, mais elle apparaîtra aussi dans les divisions de notre étude.

Le premier titre exposera en effet quel est *l'objet du droit*, c'est-à-dire quel est le but de la demande.

Le deuxième titre traitera pour sa part des fondements juridiques du droit, c'est-à-dire, suivant une terminologie plus commune, *des moyens de la demande.*

Le troisième titre enfin abordera, en étudiant *la cause de la demande,* ce qui est aussi la cause du droit, une notion complexe mais fondamentale et dont l'étude permettra de tenter une synthèse des résultats de notre travail.

TITRE PRELIMINAIRE

LES POSITIONS DOCTRINALES

CHAPITRE UNIQUE

Il ne suffit pas d'avoir montré que le demandeur et le défendeur au recours pour excès de pouvoir disposent d'une véritable action pour être autorisé à les considérer comme de véritables parties. Une « partie » est en effet le plaideur qui utilise l'action mise à sa disposition pour faire valoir un droit (1). Il faut donc maintenant analyser la nature du recours pour excès de pouvoir d'un point de vue nouveau : pour rechercher si, et comment, il permet de faire valoir un droit.

Certes, l'ensemble de la doctrine dominante rejette l'analyse suivant laquelle le recours pour excès de pouvoir permettrait de protéger ou de créer un droit véritable au profit de celui qui l'intente avec succès, et cela depuis les origines mêmes de cette action (2). Les auteurs sont donc conduits à opposer ce recours aux autres types d'action introduits devant le Conseil d'Etat. Se fondant sur la nature matérielle de l'acte juridictionnel défini comme une décision prise par le juge en conséquence de la consta-

(1) Cf. *supra*, p. 12.
(2) En tout cas, depuis l'arrêt Alcindor, 27 novembre 1908, R. 974.

tation qu'il a faite, M. Lampué a très bien mis en lumière (3) le fondement logique des deux distinctions présentées à cet égard : contentieux objectif ou subjectif suivant la nature de la question posée au juge, c'est-à-dire suivant les caractères de la constatation qu'il est amené à faire; contentieux de l'annulation, de la pleine juridiction, de l'interprétation, de la répression, suivant la nature des pouvoirs mis en œuvre par le juge, c'est-à-dire le caractère et les effets de la décision qu'il est amené à prendre.

Cette dernière distinction ne nous retiendra pas ici car elle ne concerne pas directement le problème de savoir si les parties font, ou non, valoir des droits; elle a été marquée dans le cadre des développements consacrés à l'étude des conclusions que peuvent prendre les parties à l'action en excès de pouvoir (4). Il faut cependant remarquer que c'est la seule reconnue par la jurisprudence et, en tout cas, la seule adoptée par les membres du Conseil d'Etat lorsqu'ils présentent des études d'ordre théorique (5). La seconde distinction au contraire concerne directement notre propos puisque, suivant elle, il n'y aurait pas de véritables parties au recours pour excès de pouvoir car le litige ne porterait pas sur un droit subjectif.

Pour être complet, il faudrait d'ailleurs poser et résoudre deux questions : tous les recours pour excès de pouvoir servent-ils à faire valoir des droits ? Peut-on faire valoir tous les droits par la voie de l'action en excès de pouvoir ? La seconde question (6) sera étudiée plus loin, à propos des moyens que l'on peut invoquer dans ce type de recours. Elle n'est d'ailleurs pas indispensable à notre démonstration; il nous suffit ici de démontrer que tous les recours pour excès de pouvoir permettent de faire valoir des droits.

La formulation même de notre thèse n'est pas nouvelle (7), mais elle est relativement paradoxale. Nous nous proposons d'en démontrer le bien-fondé et d'en préciser la portée en consacrant les trois sections de ce chapitre à l'exposé critique des trois séries de positions doctrinales adoptées en la matière : celles qui, se plaçant dans l'optique du juge, affirment que le recours pour excès de pouvoir ne fait jamais valoir de droits; celles qui, adoptant l'opti-

---

(3) « La distinction des contentieux », *Mélanges Scelle*, 1950, p. 285.

(4) Cf. *supra*, p. 95, et la conclusion de notre travail qui, rappelons-le, s'efforce de montrer :

1° Que l'opposition « annulation-pleine juridiction » est la seule possible;

2° Qu'elle est dépassée et ne correspond plus à l'état actuel du droit.

(5) Cf., par exemple : LAFERRIÈRE, M. ODENT (*Cours I.E.P.*, pp. 431-438), M. MALLEVILLE (*Jurisclasseur administratif*, fascicule 620), etc.

(6) A laquelle il faut, en l'état actuel du droit, répondre par la négative.

(7) Cf. notamment : BARTHÉLEMY, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif*, thèse Toulouse, 1899; BONNARD, « Les droits publics subjectifs des administrés », R.D.P. 1932, p. 695.

que de l'administration, effectuent certaines distinctions pour soutenir que l'action en excès de pouvoir sert parfois à faire valoir des droits; celles enfin qui, choisissant l'optique des plaideurs, prétendent que le recours est toujours utilisé pour sanctionner un droit. Chemin faisant, à l'occasion des critiques adressées à ces différents exposés, nous aurons la possibilité de dégager la solution qui nous semble valable et dont nous exposerons les éléments à leur vraie place, c'est-à-dire à la fin de la section situant le problème dans l'optique du plaideur, seule possible dans une étude du recours pour excès de pouvoir conçue comme une analyse de la situation des parties.

Section I

LE RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR NE FAIT JAMAIS VALOIR DE DROIT

Systématisée d'abord par Duguit (8), la distinction, à l'intérieur du contentieux administratif, entre les litiges de type objectif et ceux de type subjectif, peut être considérée comme classique puisqu'elle a, notamment, reçu la caution d'auteurs aussi éminents, et de spécialité comme de points de vue aussi divers, que les professeurs Jèze (9), Guillien (10), Hauriou (11), Lampué (12), Laubadère (13), Rolland (14), Trotabas (15), Waline (16). Si l'on ajoute que les auteurs qui préfèrent à cette distinction la classification en quatre branches du contentieux administratif se bornent à contester l'utilité — mais non le bien-fondé — de l'argumentation présentée par Duguit et tous ceux qui l'ont suivi, on comprendra aisément que nous n'avons pas été sans réfléchir longuement avant d'aboutir à l'opinion que, présenté dans ce cardre, le recours pour excès de pouvoir perdait l'essentiel de sa signification. La crainte révérentielle inspirée par des noms aussi prestigieux ne doit pas en effet empêcher de constater que la distinction des contentieux objectifs

(8) T. II, pp. 435 et suiv.
(9) « L'acte juridictionnel et la classification des contentieux », R.D.P. 1906, p. 667.
(10) *L'exception de recours parallèle*, pp. 137-139.
(11) *Précis élémentaire de droit administratif*, 1943, p. 256.
(12) *La distinction des contentieux*, précité.
(13) *Traité élémentaire*, p. 335.
(14) *Précis de droit administratif*, pp. 332 et suiv.
(15) « La nature juridique du contentieux fiscal », *Mélanges Hauriou*, 1929, p. 711.
(16) « Vers un reclassement des recours du contentieux administratif », R.D.P. 1935, pp. 205-236.

et subjectifs est discutable dans son principe et inacceptable dans les conséquences auxquelles elle conduit.

§ 1. — La théorie classique est discutable dans son principe.

Cette théorie se présente de façon fort simple : la nature du contentieux se détermine par la nature de la situation de droit dont il faut dire si elle a été violée, c'est-à-dire la nature de la question posée au juge. Et il faut distinguer entre le contentieux objectif, où le litige porte sur un droit objectif (ou une situation objective), et le contentieux subjectif, où le litige porte sur un droit subjectif (ou une situation subjective). Mais en réalité la simplicité n'est qu'apparente et un examen attentif révèle à notre avis que la distinction ainsi établie est à la fois imprécise et artificielle.

A. — La théorie classique est imprécise.

On le sait, « toutes les fois que la question posée au juge est simplement celle de la conformité d'un acte juridique ou d'une opération matérielle avec une règle de droit, il y a contentieux objectif. Il y a contentieux subjectif, au contraire, toutes les fois que la question posée au juge est celle de la conformité d'un acte ou d'un agissement avec un droit subjectif du requérant, c'est-à-dire un droit né... à la suite d'un acte juridique consécutif à la règle de droit ou en ayant fait application à un cas d'espèce » (17). Présentée par Duguit comme reprenant l'opposition entre plein contentieux et contentieux de l'annulation (18), cette distinction constituait à son avis un progrès en ce qu'elle dérive d'une classification matérielle des actes et des situations juridiques. C'est précisément l'imprécision généralement inhérente aux notions purement matérielles qui se retrouve dans l'exposé de cette théorie : la complexité dans l'analyse des actes et des situations juridiques entraîne en effet une imprécision dans la distinction des contentieux.

1. — *La complexité de la distinction des actes et des situations juridiques.*

Rejetant la notion de droit subjectif, Duguit s'est longuement attaché à montrer qu'il existe deux types différents de situations juridiques : les situations objectives, ou générales et impersonnelles, et les situations subjectives, ou individuelles et spéciales.

---

(17) Waline, *Vers un reclassement des recours contentieux*, précité, p. 222.

(18) T. II, pp. 473 et 506 : « Les expressions importent peu si l'on s'entend sur les choses qu'elles désignent. » Mais, en fait, les deux classifications ne se recouvrent pas; cf. *infra*.

Le droit objectif reste bien entendu la base essentielle de toute situation juridique; seulement, certaines situations sont données directement par lui tandis que les autres sont personnalisées et individualisées par un acte juridique. Cette distinction permet d'ailleurs à Duguit d'établir une classification des actes juridiques fondée sur des considérations purement matérielles : la nature des effets qu'ils produisent. Seront ainsi des actes-règle ceux qui créent ou modifient une situation objective; des actes subjectifs ceux qui affectent une situation subjective. Il faut y ajouter les actes-condition qui constituent une « véritable trouvaille » (19), « une des innovations les plus précieuses » (20) du doyen de Bordeaux : ils entraînent l'application à un individu d'une situation objective préexistante.

Mais, quelle que soit la valeur de ces instruments d'analyse pour une étude de l'acte administratif et pour la théorie générale du droit, force est de constater qu'ils se révèlent d'utilisation relativement complexe. En effet, les deux types de situations distingués par Duguit peuvent être parfaitement distincts; aucune difficulté en ce cas. C'est ainsi par exemple que la situation née d'un contrat est subjective tandis que la situation d'électeur est sans nul doute objective. Mais ce sont là des cas « limites » sur lesquels il est trop facile de raisonner. Il est d'autres hypothèses qui se révèlent beaucoup plus délicates; de beaucoup les plus nombreuses, ce sont toutes celles où les deux types de situations s'interpénètrent. Ainsi, lorsqu'un acte objectif (acte-règle ou acte-condition) est édicté, il crée automatiquement une situation juridique objective; mais si cet acte modifie une situation subjective préexistante, l'individu qui en était titulaire se trouve placé, une fois l'acte intervenu, dans une situation à la fois objective et subjective. De même, et à l'inverse, un acte juridique peut engendrer une situation juridique subjective qui modifie une situation antérieure, de nature objective. On peut d'ailleurs remarquer de façon plus générale que, au fond, il n'y a pas une seule situation qui soit uniquement subjective. Par exemple, le contrat de louage donne naissance à une situation subjective mais, en même temps, à la situation objective prévue et déterminée par le Code civil et les lois qui l'ont modifié.

A cette première source de complexité s'en ajoute une seconde, qui tient à la notion d'acte-condition. Il est en effet relativement délicat de distinguer de tels actes des actes subjectifs. Certes, le principe de la distinction est clair : l'acte-condition a un simple

(19) Duez et Debeyre, p. 192.
(20) Bonnard, « Léon Duguit, son œuvre, sa doctrine », R.D.P. 1929, p. 44.

effet attributif, il ne crée pas une situation juridique particulière et se borne à investir la personne visée d'un statut préexistant sans rien y ajouter, ainsi la nomination d'un fonctionnaire; à l'inverse, l'acte subjectif a pour objet de créer, de modifier ou d'éteindre une situation juridique particulière, par la mise en œuvre du pouvoir abstraitement reconnu aux individus par un acte-règle préexistant, ainsi une remise de dette. Mais en fait, il n'y a pas, la plupart du temps, d'acte juridique « simple ». Par exemple, le rôle nominatif d'impôt direct constitue d'abord un acte-condition permettant aux agents du fisc d'exercer leurs pouvoirs à l'encontre des contribuables; mais il constitue également un acte subjectif créant la dette du contribuable (21).

Cette relative complexité se révèle sans importance si l'on reste au plan de l'analyse juridique; elle y est même inévitable et n'enlève rien à la valeur des conséquences qu'on peut en tirer (22). Elle est en revanche fort nuisible lorsqu'on cherche à l'utiliser pour fonder une distinction des contentieux.

2. — *L'imprécision de la distiction des contentieux.*

Il ne semble pas que le problème de la distinction des contentieux en droit administratif ait spécialement intéressé Duguit lui-même. Il n'y a consacré que des développements relativement restreints, s'attachant davantage à brosser une théorie générale de la juridiction, valable en droit privé comme en droit public, qu'à scruter la portée exacte des décisions du Conseil d'Etat; il n'en cite d'ailleurs qu'un petit nombre. Ses successeurs en revanche s'y sont davantage attachés, en cherchant à préciser ses formules. La seule directive qu'il avait donnée était elle-même d'un piètre secours : « Il faut envisager seulement la nature de la question principale dont la solution appelle l'intervention du juge » (23), c'est-à-dire la situation juridique initiale et non l'acte qui vient la modifier. Mais, les auteurs qui se sont penchés sur la question (24) ont bien été obligés de reconnaître l'existence de contentieux « mixtes » : les litiges concernant la situation de carrière des fonctionnaires, les contentieux de l'indemnisation, de l'interprétation, et même celui de la cassation (25). Ces litiges à caractère juridique

(21) Duez et Debeyre, pp. 193 et 194.
(22) Par exemple, pour analyser exactement la situation des fonctionnaires.
(23) T. II, § 31, p. 475.
(24) Notamment, MM. Lampué et Waline, dans leurs articles précités.
(25) T. II, § 31, p. 494: « Le caractère de la juridiction de cassation... dépend de la nature de la décision juridictionnelle entreprise. Si elle est un acte subjectif, la juridiction de cassation est subjective; si elle est un acte objectif la juridiction de cassation est elle-même objective. »

variable suivant les auteurs et les circonstances de l'espèce traduisent au plan contentieux le caractère complexe des situations juridiques en cause. Mais, alors que cette complexité — qui est une conséquence des instruments choisis pour l'analyse — se révélait sans importance dans le cadre d'une anlyse « statique », elle devient extrêmement regrettable quand elle se traduit par une incertitude pour le justiciable ; et c'est bien ce qui se passe.

Si la théorie classique de la distinction des contentieux se révèle ainsi fort imprécise, ce qui est pour elle un « péché capital », c'est essentiellement parce qu'elle est artificielle.

B. — La théorie classique est artificielle.

Il apparaît qu'il en est ainsi pour deux raisons au moins, qui révèlent toutes les deux un manque de logique dans le raisonnement conduit à partir d'une classification des actes juridiques féconde en elle-même.

1. — *La technique adoptée est artificielle.*

La théorie classique s'attache, pour déterminer la nature des contentieux, à la nature de la question posée au juge; jusque là, tout va bien. Mais elle considère pour ce faire la situation juridique qui a été créée ou modifiée et non l'acte « perturbateur ». Il apparaît pourtant que la véritable origine du litige, c'est l'acte lui-même et non la situation qu'il vient modifier. Dès lors, le critère de la distinction des contentieux s'avère, à notre avis, mauvais.

Certes, il est parfaitement légitime de distinguer le problème du régime et celui du critère, c'est-à-dire le problème de la définition (qu'est-ce qu'un litige subjectif ?) et celui de la détermination (tel litige est-il subjectif ?).

Pour être valable, la définition d'une notion doit porter sur les éléments qui en constituent la substance intrinsèque, c'est-à-dire sur les éléments matériels qui définissent son originalité foncière par rapport à d'autres notions. En revanche, il est logiquement possible que des éléments d'ordre formel, étrangers à la nature même d'une notion, servent de critère pour reconnaître à quelle définition matérielle correspond une situation donnée; bien souvent même, c'est indispensable (26). Encore faut-il, si l'on désire aboutir à des résultats valables, que les deux séries d'éléments soient étroitement liés, par un rapport de causalité si possible. Au cas contraire, les problèmes posés sont résolus de façon artificielle : l'emploi du critère formel aboutit à soumettre à un régime donné

(26) Cf. Eisenmann, Cours de doctorat, professé à Paris, 1955-1956, p. 30.

des éléments que leur définition intrinsèque aurait dû faire soumettre à un autre.

Par exemple, le problème de savoir à quel ordre de tribunal, administratif ou judiciaire, confier un litige déterminé doit théoriquement se résoudre en fonction de considérations matérielles mais, dans un souci de simplification, la jurisprudence tend à leur préférer des critères formels, organiques; et la « crise » de la notion de service public n'est rien autre que la conséquence du fait que le critère formel de compétence ne recouvre plus dans tous les cas le critère d'ordre matériel (27).

C'est une crise du même ordre qui affecte la distinction des contentieux établie par la doctrine classique. Bien évidemment, la question est posée au juge à la suite d'un certain acte dont, pour une raison ou pour une autre, le requérant est mécontent et veut obtenir réparation (28). C'est cet acte dont le juge va apprécier la valeur juridique. Il eût dès lors été logique de distinguer les contentieux en fonction des actes contestés, et justifié de fonder les différences éventuelles de régime contentieux sur leurs différences de nature : contentieux objectif pour les actes objectifs (actes-règle et actes-condition), contentieux subjectif pour les actes subjectifs (29). Seul aurait subsisté le problème de distinguer nettement ces actes les uns des autres. Mais il apparaît beaucoup plus discutable de fonder la distinction des contentieux sur la nature des situations juridiques en cause; le critère ne correspond plus alors au régime.

Il conduit d'ailleurs à des formules curieuses, du genre de celle-ci, employée par Duguit à propos du contentieux des emplois réservés : « Ici, il n'y a pas de recours pour excès de pouvoir, quelle que soit la qualification qu'on donne à l'instance » (30) ; formule curieuse parce qu'elle considère une voie de droit qu'il faut utiliser dans les formes et les délais du recours pour excès de pouvoir comme donnant lieu à un litige de type subjectif.

Cette question des aspects subjectifs du recours pour excès de pouvoir gêne au vrai l'ensemble des auteurs qui adoptent la théorie classique; ils la présentent généralement comme constituant une exception au principe. Mais, d'une part, c'est elle qui semble essentielle, d'autre part, elle manifeste à l'évidence le caractère artificiel du critère adopté en la matière : critère s'attachant aux

(27) Cf. DE CORAIL, *La crise de la notion de service public*, thèse Paris, 1952.
(28) Au sens le plus large du terme, sous forme d'annulation ou d'indemnisation.
(29) Cf. *infra*, section II.
(30) T. II, § 30, p. 468.

situations juridiques — elles-mêmes difficiles à définir avec précision — et non aux actes juridiques qui affectent ces situations, alors que la question posée au juge est uniquement celle de la valeur de l'acte.

2. — *Le fondement de la distinction est artificiel.*

Il faut faire une deuxième objection à la théorie classique, plus décisive encore que la première, et se demander si le fondement même de la distinction des contentieux n'est pas parfaitement artificiel.

Comme l'a fort bien noté M. Guillien (31), « le contentieux subjectif est un cas particulier du contentieux objectif ». En effet, l'ensemble des situations considérées comme subjectives ne constitue rien autre que la situation objective des individus juridiquement protégés quant à leur situation subjective, en vertu de la règle générale, impersonnelle et préexistante qui veut que l'on respecte les droits acquis et fasse honneur à ses engagements... Le détour pourra sembler singulier et la déformation des idées duguistes manifeste; nous ne le contestons pas. Mais le raisonnement semble pourtant logique; il montre en tous cas que le principe du partage des litiges en objectifs et subjectifs est discutable, que sa frontière est pratiquement impossible à tracer à l'avance et à justifier rationnellement.

On pourrait objecter que la notion de droit subjectif n'était pas acceptée par Duguit qui la considérait comme une véritable « impossibilité logique » (32) et que, en conséquence, l'objection ne tiendrait pas à l'encontre des auteurs qui, eux, admettent la notion de droit subjectif, c'est-à-dire le pouvoir créateur des volontés individuelles. Alors en effet, il existe une différence de nature entre les litiges nés à propos de droits subjectifs et ceux nés à propos de situations générales. Mais, il faut bien constater que la notion de droit subjectif se révèle aussi « envahissante » que celle de droit objectif. La critique précédente se retrouve, elle est simplement inversée : pourquoi ne pas admettre que tout est droit subjectif, que les particuliers ont un droit subjectif au respect par l'administration du droit objectif en vigueur ? (33). Aucune raison déterminante ne s'y oppose au plan de la logique.

La théorie classique est donc discutable dans son principe même car elle a justifié l'autonomie du recours pour excès de pou-

(31) Thèse précitée, p. 317.
(32) T. III, p. 296.
(33) Cette position a été logiquement adoptée par certains; cf. *infra*, section III.

voir après coup et de façon imprécise et artificielle, en se fondant sur une analyse abstraite des actes et des situations juridiques, qui avait été conçue dans le cadre d'une philosophie générale du Droit et de l'Etat mais qui convenait mal à une étude concrète des recours contentieux. Si nous devions porter un jugement de valeur, il faudrait d'ailleurs le nuancer : la théorie a pu être valable, elle ne l'est plus.

Depuis trente ou quarante ans, le droit public a en effet évolué de façon considérable : la notion d'acte-règle, celle d'Etat, se sont profondément modifiées avec la prolifération des textes correspondant souvent à une individualisation croissante de leurs dispositions, tout au moins par rapport aux groupes politiques, économiques et sociaux, avec le retour progressif à une féodalité de type nouveau aboutissant à un véritable morcellement de l'Etat avec l'augmentation du volume de l'action administrative, etc. En bref, l'action du pouvoir s'est indubitablement personnalisée de façon remarquable.

Quoiqu'il en soit des causes de l'évolution, la distinction classique des contentieux repose aujourd'hui sur des bases contestables, même si elle a pu sembler satisfaisante en son temps. On s'en convaincra mieux encore en constatant que son application intégrale conduirait à des conséquences inacceptables et qui, en tout cas, ne sont pas consacrées par la jurisprudence.

§ 2. — La théorie classique est inacceptable dans les conséquences auxquelles elle conduirait.

En effet, l'examen, même rapide, de la jurisprudence révèle que cette dernière n'adopte pas la théorie classique; bien au contraire, elle la dément formellement, en certaines de ses décisions tout au moins.

A. — La théorie classique n'est pas adoptée par la jurisprudence.

Si l'opposition des litiges de type objectif et des litiges de type subjectif correspondait réellement à la nature des choses comme le pense Duguit, si ces deux catégories de litiges étaient intrinsèquement différentes au point de vue contentieux (34), il faudrait en conclure que les tribunaux civils et administratifs commettent de singulières erreurs; on constate en effet qu'ils ne consacrent pas les conséquences qu'il faudrait en tirer.

---

(34) Rappelons, en effet, que nous nous plaçons uniquement dans le cadre de la procédure, analysant le déroulement du procès. Les problèmes qui intéressent le fond du droit ne nous intéressent donc qu'indirectement.

1. — *Les tribunaux judiciaires.*

Mis à part le contentieux pénal soumis à des règles qui lui sont propres à raison de sa nature particulière (35), il reste, dans le contentieux considéré comme de droit privé, un grand nombre de situations objectives et d'actes objectifs : « Une analyse exacte montre que, même en droit privé, le domaine du contentieux objectif d'annulation est extrêmement étendu » (36) ; ainsi pour tout ce qui concerne les statuts d'une société ou d'une association, tout ce qui concerne l'état des personnes, la généralité des litiges relatifs aux contrats dtis « d'adhésion », etc. Or, la distinction des contentieux est complètement inconnue des tribunaux judiciaires; aucune particularité de forme, aucune voie de droit spéciale ne vient l'y reconnaître, ni explicitement, ni implicitement.

Un exemple le montrera. On sait que l'autorité de la chose jugée est absolue dans les litiges objectifs; pour les questions d'état notamment, « la qualité d'enfant légitime ou naturel... constitue au premier chef une situation générale et permanente, une situation objective ou légale... La portée du jugement sur une question d'état est exactement la même que celle de la situation qu'il constate » (37), c'est-à-dire une portée objective, absolue, opposable à tous. Or, il apparaît en réalité que le jugement intervenu sur une action en contestation de légitimité intentée par les héritiers du mari n'a qu'une portée relative (38). Il y a plus remarquable encore : l'action en recherche de parternité naturelle aboutit à une décision dont la portée est seulement relative; en conséquence les tiers intéressés peuvent contester la filiation de l'enfant (39) et l'on pourrait même concevoir que l'enfant lui-même agisse en reconnaissance contre un autre homme que celui dont la paternité a déjà été déclarée (40), situation pour le moins paradoxale et qui prouve à l'évidence que les tribunaux judiciaires ne font pas produire au contentieux dit objectif les effets qui sont prétendus découler automatiquement de sa nature. Il en est de même pour les tribunaux administratifs.

2. — *Les tribunaux administratifs.*

Deux exemples montrent en effet qu'ils n'adoptent pas la théorie classique.

---

(35) Cf. *supra*, p. 35.
(36) T. II, § 31, p. 492.
(37) T. II, § 31 *b*, p. 522.
(38) Planiol et Ripert, T. I, n° 1366.
(39) Cf. S. 1927-1-97 (note Audinet).
(40) Planiol et Ripert, T. I, n° 1532.

a) « Si la question se pose pour un acte matériel, on est toujours dans le domaine de la juridiction objective. L'acte matériel ne peut pas donner naissance à une situation juridique; par conséquent, il ne peut pas se poser une question de droit subjectif » (41) expose Duguit, qui poursuit : « Le juge, en ordonnant une réparation, exerce une juridiction objective; son acte... est la conséquence de la constatation que le droit objectif a été violé » (42). Ainsi le contentieux de la responsabililté quasi délictuelle devrait être considéré comme un cas de juridiction objective, au même titre que le contentieux de l'annulation. Le moins qu'il soit possible de dire est que la jurisprudence ne consacre pas ces vues et que, bien au contraire, les litiges en matière de responsabilité sont considérés comme radicalement différents des recours pour excès de pouvoir.

Duguit lui-même a d'ailleurs perçu la difficulté; il l'a résolue en déclarant que le jugement intervenu en matière de responsabilité devait être considéré comme un acte subjectif (43). Mais cette explication n'est qu'un trompe-l'œil : ou bien en effet l'on admet que la décision rendue en matière objective peut être un acte subjectif, et c'est toute la distinction des contentieux qui s'effondre; ou bien l'on conserve un lien entre la nature de la question posée au juge et les caractères de la décision qu'il prend et force est de constater que la jurisprudence se refuse à consacrer le caractère objectif du contentieux de la réparation.

b) Pour sa part, M. Waline remarque, dans son étude précitée sur le reclassement des recours contentieux : « La classification matérielle des recours d'après la nature de la question posée au juge répond trop à la réalité profonde des choses pour ne pas produire d'importants effets dans le sens d'un rapprochement entre les différents recours objectifs. »

M. Lampué énumère ainsi (44) parmi les litiges objectifs, outre les recours pour excès de pouvoir, les procès en matière d'établissements dangereux, incommodes ou insalubres, d'immeubles menaçant ruine, le contentieux électoral, le contentieux fiscal, ceux de l'assistance, de l'opposition à ouverture d'un établissement d'enseignement privé, etc. Certes, il est possible de constater en ces différentes matières une même tendance à une recevabilité élargie et à une autorité de la chose jugée étendue.

---

(41) T. II, § 31, p. 475.

(42) *Id.*, p. 485.

(43) « Le jugement est très nettement alors un acte juridiquement subjectif » (T. II, p. 485).

(44) « La distinction des contentieux », *Mélanges Scelle*, 1950, p. 285.

Mais, du point de vue qui nous occupe ici — celui de savoir s'il est exact que le recours pour excès de pouvoir ne fasse valoir aucun droit — il apparaît que les points communs de ces divers contentieux, loin d'affaiblir notre thèse, la renforcent en mettant en lumière un point remarquable. En effet, les questions concernant les établissement insalubres et les immeubles menaçant ruine mettent bien en jeu des droits subjectifs, et donnent d'ailleurs lieu à des litiges de plein contentieux (45). Pour reprendre une formule de Duguit (46), « un acte objectif est fait et l'on prétend qu'il porte atteinte à une situation de droit subjectif préexistante (ici la situation de propriétaire) (47). La question est bien encore ici une question de droit subjectif ». Nous réservant de revenir sur les problèmes posés par le contentieux fiscal, électoral et social (48), il suffit de constater que la doctrine classique n'hésite pas à ranger l'action en excès de pouvoir dans une catégorie juridique où se trouvent des recours portant sur des droits (49).

Ainsi, qu'ils soient judiciaires ou administratifs, les tribunaux n'adoptent pas la théorie de la distinction des contentieux dans toutes les conséquences qu'elle implique, et les efforts de la doctrine pour justifier l'autonomie du recours pour excès de pouvoir par une théorie dont les contours débordent nettement le statut spécial de cette voie de droit n'ont pas produit d'effets concrets. L'on ne peut donc conclure que le procès en excès de pouvoir s'intègre parmi un ensemble de litiges ne faisant valoir aucun droit.

Faut-il alors admettre que le recours pour excès de pouvoir lui-même ne peut jamais permettre de faire valoir des droits ? Il ne le semble pas, car la jurisprudence contredit nettement la théorie classique sur cette « position de repli ».

B. — La théorie classique est contredite par la jurisprudence.

Il s'agit des hypothèse bien connues où l'opposition et la tierce opposition sont admises par le Conseil d'Etat. Nous n'insistons pas

---

(45) Préfet de police contre consorts Chevallier et Tedeschi, 22 juin 1951, D. 1952-5, note P. Weil.

(46) T. II, p. 466.

(47) Quoi qu'en ait dit Duguit (T. II, p. 493), la propriété est bien un droit subjectif; ou alors elle n'est rien.

(48) Cf. *infra*, dernier chapitre.

(49) Il est en effet impossible de dire que le litige relatif à un établissement insalubre est objectif parce qu'il pose seulement le problème de savoir si l'établissement en question est ou non insalubre. Avec ce type de raisonnement, on démontrerait aisément que l'action en rescision d'une vente immobilière est objective parce qu'elle pose simplement le problème de savoir si le prix versé est ou non lésionnaire...

sur l'opposition, qui consacre évidemment la notion de partie mais n'apporte aucun élément particulier au problème du droit, et se révèle au surcroît d'intérêt surtout théorique (50).

En revanche, l'admission de la tierce opposition par la Haute Juridiction est d'une portée capitale; elle ruine en effet la théorie classique. Les tenants de cette théorie l'avaient bien vu, qui considéraient l'arrêt Boussuge comme le « résultat d'une inadvertance » (51) ou déclaraient « repousser énergiquement » la solution de cette décision (52). Sans retracer ici l'évolution jurisprudentielle qui conduisit à admettre la tierce opposition (53), il faut exposer brièvement en quoi son admission contredit directement et définitivement la théorie classique.

1° Cette théorie avait établi une relation de cause à effet entre le contentieux objectif et l'effet *erga omnes* des décisions rendues à son propos (54), le contentieux subjectif et l'effet relatif des jugements auxquels il donne lieu. Or, il est bien certain que la possibilité pour les tiers d'intenter une tierce opposition contre un jugement prouve manifestement que la décision ainsi critiquée n'avait pas statué sur un litige objectif. Admettre la tierce opposition en matière de recours pour excès de pouvoir est « illogique puisque la tierce opposition suppose l'autorité relative de la chose jugée et que les décisions d'excès de pouvoir s'imposent à tous » (55) ; plus encore qu'illogique, c'est impossible si l'on admet la théorie classique.

Certes, M. Kritter (56) et, de façon plus convaincante, M. Weil (57) ont soutenu qu'il n'était pas de règle sans exception et que la tierce opposition était le corollaire obligé de l'effet *erga omnes*. Ils se fondent pour cela sur le faible nombre des tierce oppositions, leurs échecs au fond, l'absence de tierce opposition contre les arrêts de rejet, et sur le fait que le souci de rendre une justice éclairée aurait seul conduit le Conseil d'Etat à reconnaître cette dérogation au principe fondamental de l'objectivité du recours pour excès de pouvoir.

---

(50) Cf. P. Weil, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, thèse Paris, 1952, pp. 116-117.

(51) Duguit, T. II, p. 497.

(52) Jèze, R.D.P. 1913, p. 331.

(53) Cf. P. Weil, *op. cit.*, pp. 117 et suiv.; Kritter, *La tierce opposition en droit administratif*, thèse Paris, 1936.

(54) Sur la distinction de l'effet absolu et de l'effet *erga omnes*, cf. P. Weil, *op. cit.*, pp. 88 et suiv.

(55) Bonnard, cité par Kritter, *op. cit.*, p. 99.

(56) *Op. cit.*, pp. 117 et suiv.

(57) *Op. cit.*, pp. 122 et suiv.

On peut aisément leur répondre que le nombre des arrêts rendus sur désistement est encore plus limité que celui des décisions rendues en matière de tierce opposition; pourtant, la doctrine les monte en épingle et ne songe pas à les présenter comme « une exception au caractère subjectif du recours pour excès de pouvoir »... De plus, la Haute Juridiction a déjà admis le bien-fondé de tierce oppositions (58), et même leur possibilité contre des arrêts de rejet (59).

Il faut certes reconnaître le caractère exceptionnel des tierce oppositions, c'est-à-dire leur rareté. Cela s'explique très facilement : par le fait que la procédure devant les tribunaux administratifs est menée par le juge qui, en principe, n'annule un acte qu'à coup sûr; par l'appréciation très libérale de la qualité exigée des intervenants (60) ; par l'habitude de communiquer le pourvoi aux tiers qui pourraient être intéressés (61). Mais on ne peut pour autant, sans excès de subtilité, la considérer comme l'exception qui confirmerait la règle de l'effet *erga omnes;* elle en est la négation et prouve que le lien établi entre le caractère objectif du recours pour excès de pouvoir et ses effets est directement contredit par la jurisprudence, chaque fois que cette dernière en a l'occasion.

2° L'admission de la tierce oposition contredit encore la théorie classique sur un autre plan, à vrai dire très proche du précédent : on sait que, dans l'optique classique, l'action en excès de pouvoir est un recours objectif qui n'a d'autre but que de soumettre au juge un litige relatif à une situation objective et ne peut aboutir qu'à une décision de nature objective. Dès lors, exiger du requérant la justification d'un droit pour que sa tierce opposition soit recevable, admettre par conséquent que le recours pour excès de pouvoir est, au moins dans certains cas, intenté sur le fondement d'une situation juridique subjective, c'est ruiner la théorie classique. Il en est bien ainsi.

a) Nul doute en effet que le Conseil d'Etat n'exige un droit du tiers opposant. L'ensemble de la doctrine l'admet; M. Weil ne le nie pas mais s'attache à déterminer un critère externe plus satisfaisant que la distinction matérielle de l'intérêt et du droit (62) ; M. Heurté pour sa part s'attache à démontrer que la Haute Juridiction n'exige pas du tiers opposant la justification d'un véritable

(58) Ville de Vichy, 8 juillet 1955, R. 396; Floch, Section, 18 octobre 1957, R. 542.
(59) Consorts Demay, 3 décembre 1955, R. 574.
(60) Cf. *supra,* p. 148.
(61) Cf. LENOAN, *La procédure devant le Conseil d'Etat,* pp. 256 et suiv.
(62) Thèse, pp. 122-123.

droit (63). Mais il faut bien reconnaître que, récemment encore et malgré la discrète invitation de son commissaire du gouvernement (64), la section du contentieux a tenu reproduire le considérant devenu classique en la matière : « Considérant que... toute personne qui n'a été ni appelée ni représentée dans l'instance peut former tierce opposition à une décision du Conseil d'Etat rendue en matière contentieuse et que cette voie de recours est ouverte, conformément à la règle générale posée par l'article 474 du Code de procédure civile, à ceux qui se prévalent d'un droit auquel la décision entreprise aurait préjudicié » (65).

b) Deux interprétations sont possibles de cette jurisprudence.

La première est celle de M. Heurté : la tierce opposition en droit administratif serait une voie de recours qui s'attaque au jugement lui-même et non, comme en droit privé, à ses effets; elle n'aurait donc pas pour résultat de modifier la force obligatoire d'un acte juridictionnel à l'égard de certaines personnes mais ouvrirait une instance nouvelle, sans rapport avec celle qui l'a précédée. On pourrait donc admettre qu'elle réalise un cas de juridiction subjective, distinct du recours objectif auquel elle fait suite.

La situation créée par le succès d'une tierce opposition intentée par le fonctionnaire dont la promotion a été annulée sur recours d'un collègue devrait donc s'analyser ainsi : le litige objectif ouvert par le recours pour excès de pouvoir initial aurait abouti à une décision produisant effet *erga omnes;* un litige subjectif y aurait fait suite, ouvert par l'action en tierce opposition du fonctionnaire privé de sa promotion contre le jugement annulant celle-ci et terminé par un arrêt à effet seulement relatif.

Cette analyse nous semble inacceptable. Tout d'abord, elle a pour conséquence, M. Heurté le dit lui-même, que « la tierce opposition en droit administratif n'a aucun rapport avec la sorte d'exception qui porte le même nom en droit privé »; et cette formule, qui s'inscrit en faux contre l'opinion générale, les références du Conseil d'Etat à l'article 474 du Code de procédure civile et le fait que la tierce opposition est instruite et jugée à la suite et dans les formes du recours initial, nous semble affirmée plus que justifiée. Ensuite, et surtout, elle est directement contredite par l'arrêt Floch : un arrêté reclassant les sieurs Floch et Villaret avait été annulé, le 12 juillet 1949, sur recours d'un sieur Duthu; le sieur Floch fit tierce opposition et obtint de la Haute Juridic-

(63) « La tierce opposition en droit administratif », D. 1955, chr., p. 27.

(64) Grevisse, conclusions sous Floch, A.J. 1957-2-481, spécialement p. 481, 1re colonne.

(65) Floch, précité.

tion qu'elle déclare « la décision susvisée du Conseil d'Etat en date du 12 juillet 1949 est déclarée non avenue *en tant qu'elle concerne le sieur Floch* ». Si la tierce opposition était une action s'attaquant au jugement lui-même, il aurait au contraire fallu décider que la décision du 12 juillet 1949 était annulée, aussi bien pour Floch que pour Villaret. Enfin, on peut mettre en doute la valeur du postulat de M. Heurté : la possibilité de distinguer entre l'action dirigée contre jugement et celle dirigée contre ses effets; concrètement, les différences semblent peu sensibles, et la notion de « procès fait à un jugement » curieuse dans tout autre domaine que la cassation.

Il faut donc se rallier à la seconde interprétation, seule possible : la possibilité de faire tierce opposition et l'exigence d'un droit manifestent que l'action en excès de pouvoir est parfois utilisée subjectivement. En effet, exiger un droit du tiers opposant c'est bien affirmer que la justification de ce droit peut être de nature à faire revenir la juridiction sur sa première décision et que, au moins dans certaines espèces, le litige en excès de pouvoir est subjectif. Cette constatation prive la théorie classique de tout fondement car il est bien évident que la distinction des contentieux perd sa signification si la jurisprudence traite parfois comme subjectifs des litiges où la doctrine veut voir le type même du recours objectif.

Section II

LE RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR FAIT PARFOIS VALOIR UN DROIT

Qu'il ait « jugé habile de jeter du lest » (66) ou noté la chose « avec beaucoup de pertinence » (67), le commissaire du gouvernement Léon Blum avait, dans ses conclusions sous l'arrêt Boussuge (68), proposé d'effectuer une distinction entre les actes soumis au contrôle du juge de l'excès de pouvoir, leurs contentieux respectifs lui paraissent dépendre de leur nature. Raphaël Alibert devait plus tard reprendre l'essentiel de cette idée.

Ces deux auteurs (69) ont proposé d'introduire, au sein des recours pour excès de pouvoir, une distinction entre ceux qui sont

(66) Hauriou, note sous Boussuge, S. 1914-3-33.
(67) Alibert, *op. cit.*, p. 58.
(68) Boussuge, 29 décembre 1912, R. 1128.
(69) Ce sont ceux dont la position est la plus nette; mais il faut signaler que la première formulation de cette distinction semble se trouver dans les conclusions présentées par Romieu dans l'arrêt Jacquin (30 novembre 1906, R. 863), et que, de façon implicite, la doctrine contemporaine en admet souvent le bien-fondé.

dirigés contre les actes réglementaires et ceux qui s'attaquent à des décisions individuelles. Ils abandonnent ainsi la théorie classique suivant laquelle la nature de la question posée au juge est déterminante et se définit par la nature de la situation juridique en cause, pour lui substituer une distinction fondée sur la nature des rapports créés par l'acte attaqué. L'optique du juge est ainsi abandonnée au profit du point de vue de l'administration puisque les litiges ne sont pas classifiés *a priori* en fonction d'une situation existante mais seulement en fonction des formes d'intervention de l'administration, désormais considérée comme une partie véritable, au moins en certains cas.

Mais, pas plus que la théorie classique, la position de ces auteurs ne nous semble satisfaisante, pour des raisons que l'on peut classer en deux rubriques.

§ 1. — Les conséquences pratiques de la distinction sont inacceptables.

Avant d'exposer pourquoi, il faut, quoiqu'elles soient bien connues, rappeler les formules employées par les tenants de la distinction entre les actes administratifs.

A. — La position de Blum et d'Alibert.

1. — *La position de Léon Blum.*

Dans ses conclusions, Blum déclarait : « Un très grand nombre de recours pour excès de pouvoir sont véritablement des litiges entre parties... Vos décisions consacrent des droits, elles les précisent, elles les définissent, elles les distribuent... Il en est ainsi, à notre avis, chaque fois que le recours pour excès de pouvoir est dirigé contre un acte nominatif visant un individu ou une catégorie d'individus (70). En dépit de la forme extérieure du recours, bien que l'acte attaqué soit un acte de puissance publique, le débat porté devant vous, dans toutes les espèces de cette nature, est bien un litige entre des intérêts individuels... Mais il en est autrement quand il ne s'agit plus d'actes nominatifs et individuels mais d'actes réglementaires... Sans doute, pour ouvrir l'action ou permettre qu'on y intervienne, vous demandez la justification d'un intérêt, mais c'est seulement pour que le recours pour excès de pouvoir dirigé contre le règlement ne prenne pas le caractère d'une action publique... Vous ne vous demandez plus, comme dans les autres recours pour excès de pouvoir, si l'acte attaqué a méconnu un droit

(70) Blum citait en exemple les décisions individuelles concernant les fonctionnaires, les arrêtés préfectoraux en matière de police des eaux, les actes administratifs en matière de voirie municipale.

appartenant au requérant. Le requérant disparaît, et vous vous demandez simplement si l'acte attaqué est légal. Les deux parties en réalité sont : le règlement d'une part, la loi ou les principes généraux d'autre part. »

2. — *La position d'Alibert.*

Quinze ans après, Raphaël Alibert reprenait cette idée dans son ouvrage fondamental sur *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir;* mais il y introduisait une nuance importante en écrivant, au terme de ses développements intitulés « Le recours pour excès de pouvoir, synthèse du contrôle juridictionnel de l'administration » : « Toutes les fois que le recours pour excès de pouvoir est fondé sur une violation de la légalité interne, il ne conserve sa physionomie propre qu'en ce qui concerne les actes réglementaires; mais à l'égard des actes individuels, il se confond pratiquement avec le recours de pleine juridiction... notamment, parce que dans bien des cas les requérants allèguent de véritables droits, et que, d'autre part, l'intérêt requis par la jurisprudence tend, par des restrictions successives, à se rapprocher d'un droit » (71).

Pour cet auteur, il faut donc effectuer une double distinction : entre la légalité externe et la légalité interne, les litiges concernant la première se révélant exclusifs de la notion de droits; dans le cadre de la légalité interne, entre les actes réglementaires et les actes individuels. La restriction ainsi apportée à la théorie de Léon Blum est certes d'importance, et nous aurons à l'examiner plus loin (72). Mais il faut dire tout de suite que la jurisprudence n'a pas adopté la distinction proposée par ces auteurs et ne l'acceptera probablement pas.

B. — La jurisprudence.

On sait en effet que le Conseil d'Etat n'a pas suivi son commissaire du gouvernement et que la décision Boussuge consacre au contraire la recevabilité de la tierce opposition contre l'arrêt annulant un acte réglementaire. Ainsi la Haute Juridiction n'a pas sanctionné la distinction qu'on lui proposait, en une matière où son attitude aurait eu un éclat tout particulier.

Certes, le régime juridique, et sans doute la nature même de ces deux catégories d'actes sont distincts; mais il ne semble pas que les règles de leurs contentieux respectifs soient assez différentes pour justifier une distinction de base. Il faut en effet se

(71) *Op. cit.*, pp. 57-58.
(72) Cf. *infra*, titre II.

garder de confondre régime contentieux et fond du droit; le premier nous intéresse seul ici. De même que la situation des parties et leur position par rapport à l'existence ou à la création d'un droit est identique dans les litiges relatifs aux contrats de droit privé et dans les procès concernant des contrats commerciaux quoique, à l'évidence, les règles de fond soient très différentes dans les deux cas, de même demandeur et défenseur au recours pour excès de pouvoir sont toujours dans une situation contentieuse identique quoique le litige puisse, suivant qu'il porte sur un acte réglementaire ou un acte individuel, être de nature différente.

Il en est bien ainsi parce que la jurisprudence s'engagerait dans des difficultés quasi insurmontables si elle cherchait à instaurer des distinctions de technique contentieuse entre les deux. Deux exemples le montreront.

1. — *Le problème des actes collectifs.*

Si la jurisprudence se ralliait à la distinction proposée par Blum et Alibert, elle serait fort embarrassée pour fixer le régime contentieux des actes collectifs.

On sait que cette catégorie d'actes a été introduite dans le droit positif par l'article 14 du décret du 28 novembre 1953 aux termes duquel : « Si la décision a un caractère collectif... et si elle concerne des agents affectés à des emplois situés dans le ressort de plusieurs tribunaux administratifs, l'affaire relève du tribunal administratif dans le ressort duquel siège l'auteur de la décision attaquée », alors que pour les actes individuels la compétence territoriale se détermine par le lieu de la dernière affectation du fonctionnaire.

A propos de ce texte, la section du contentieux a décidé (73) : « La décision par laquelle un fonctionnaire est dégagé des cadres constitue une décision individuelle, même si elle est prise dans un arrêté concernant plusieurs fonctionnaires figurant sur une même liste de dégagement. » Rapproché des exemples d'actes collectifs donnés par le décret du 28 novembre (tableaux d'avancement, procès-verbaux des jurys d'examen ou de concours, nominations, promotions ou mutations présentant entre elles un lien de connexité), l'arrêt Rousseau indique ce qu'il faut entendre par décision collective.

C'est en effet très certainement le lien de connexité entre les différentes mesures prises qui définit la décision collective; deux mesures connexes sont deux mesures « qui ont des rapports inti-

(73) Rousseau, 10 oct. 1956, R.D.P. 1956, p. 1303, note Waline, A.J. 1957.2.44, note Copper-Royer.

mes » (74), qui sont liées entre elles par des rapports de causalité plus ou moins directs. Ainsi, deux mesures de dégagement des cadres ne sont pas connexes car elles n'ont aucun lien entre elles que de forme : la mesure qui frappait M. Rousseau n'a pas favorisé ni empêché la mesure qui affectait tel autre de ses collègues; ces deux décisions étant sans lien entre elles ne peuvent donc être considérées comme connexes. La décision administrative qui les réunit n'est pas considérée comme collective.

A l'inverse, un « mouvement » combinant diverses nominations, promotions et mutations se révèle collectif car l'annulation d'une seule parmi les mesures prises empêcherait les autres de pouvoir se réaliser; toutes les décisions sont étroitement liées, elles sont connexes; la décision qui les réunit est collective. De même pour les tableaux d'avancement qui sont établis compte tenu des besoins du service et dont le nombre de places est, en conséquence, limité : toutes les mesures prises entretiennent d'étroits rapports et tel fonctionnaire qui n'y est pas inscrit ne peut faire annuler l'une d'entre elles sans remettre en question les autres, au moins partiellement. etc. On peut donc regretter que le décret ait employé l'expression « décision collective » au lieu de « mesures connexes » (75) ; il reste que la jurisprudence s'orientera sans doute vers un affinement de la notion de connexité. Elle ne pourrait définir la décision collective comme celle qui concerne plusieurs personnes sans méconnaître l'esprit du décret tel qu'il ressort des exemples cités à l'article 14 ni sans infirmer sa décision Rousseau (76).

Mais alors, les décisions collectives sont « inclassables » dans le cadre d'une distinction entre actes individuels et actes réglementaires.

On sait en effet que la jurisprudence avait décidé, pour appliquer le décret-loi du 5 mai 1934 attribuant aux conseils de préfecture la connaissance des litiges individuels concernant les fonctionnaires locaux, que la décision individuelle est celle qui s'applique à une ou plusieurs personnes nommément désignées et la décision réglementaire celle qui vise un nombre indéterminé de personnes (77), même si elle se trouve en fait n'en viser qu'une seule à l'époque de son entrée en vigueur (78).

---

(74) Littré.

(75) Cf. Copper-Royer, note précitée : « Regrettons l'amphibologie qui plane sur le sens du mot collectif en droit administratif français. »

(76) *Contra :* Copper-Royer, note précitée, *in fine.*

(77) Dame Meunier, 26 octobre 1938, D. 1939-3-33, note Waline.

(78) Colomb, 27 novembre 1935, R. 1094.

Dès lors, où classer la décision collective ? Il est manifestement impossible de la considérer comme une simple variété de décision individuelle; le lien de connexité entre les mesures qu'elle contient aboutit à transformer sa nature, elle est autre chose que la somme des décisions individuelles qu'elle contient, elle forme un bloc (c'est d'ailleurs pour cette raison qu'elle est soumise à un tribunal unique). Il apparaît d'autre part que la traiter comme une décision réglementaire serait abandonner le précédent critère de la jurisprudence puisque les décisions collectives contiennent le nom de toutes les personnes visées; de surcroît, une telle solution ne pourrait se rattacher à aucun fondement théorique.

Les décisions collectives se révèlent donc différentes tant des mesures individuelles que des règlements, au fond comme en la forme; elles participent d'une nature mixte. Il ne faut certes pas surestimer l'importance pratique de telles décisions, dont l'autonomie n'est d'ailleurs prévue qu'à propos des règles de compétence dans la fonction publique, pour l'instant tout au moins. Mais leur étude démontre que la distinction des contentieux fondée sur la nature des actes attaqués n'est pas valable. Cette conséquence est d'ailleurs normale. La « liaison intime » qui transforme deux ou plusieurs mesures individuelles en une décision collective ne peut en effet avoir d'influence sur le droit auquel prétend le demandeur car elle lui est extérieure; c'est dire que l'impossibilité d'intégrer les décisions collectives dans le cadre de la distinction entre actes individuels et actes réglementaires provient, au fond, du mal-fondé de cette distinction en ce qui concerne les droits en cause (79).

2. — *Le problème de l'action syndicale.*

Dans sa note sous l'arrêt Boussuge. Hauriou remarquait : « Si l'on entrait dans la voie où nous invite M. le commissaire du gouvernement... il n'y aurait aucune raison de s'arrêter devant les décisions réglementaires. » D'une part en effet, un acte réglementaire peut trancher des intérêts ou des droits particuliers aussi bien qu'un acte indidividuel, et la frontière ainsi posée n'est pas justifiée *a priori*. D'autre part et surtout, l'action des groupements et associations met en lumière que le même acte peut se révéler individuel pour un requérant et réglementaire pour un autre. Ainsi, les arrêtés portant renouvellement pour six mois de toutes les réquisitions présentent un caractère réglementaire pour les proprié-

(79) Si la distinction était justifiée, il serait en effet facile de classer les décisions collectives d'un côté ou de l'autre.

taires mais, par rapport au groupement de propriétaires qui les attaque (80), donnent lieu à un véritable litige entre parties. Plus généralement, l'essentiel des actions intentées contre un règlement par un groupement, notamment lorsque ce dernier invoque un intérêt moral, fait apparaître que sa position contentieuse est la même que celle du particulier attaquant un acte individuel. Quelque osée qu'apparaisse cette comparaison, il nous semble que, dans bien des cas, l'acte réglementaire soit un acte individuel pour le groupement. Il devient dès lors impossible de fonder une distinction des contentieux sur la différence de nature des actes administratifs.

La distinction proposée par Léon Blum est Raphaël Alibert ne semble donc pas viable en pratique. Mais il faut encore en apprécier le fondement. Il est très discutable.

§ 2. — Le fondement de la distinction est discutable.

La chose pourrait se régler d'un mot. Qu'on nous excuse pourtant de la traiter plus longuement; la discussion ne sera pas inutile car elle contribuera à éclairer la suite de nos développements. Il est en effet remarquable que la nature juridique différente des actes administratifs ne suffise pas à entraîner une différence de régime contentieux.

A. — La différence de nature entre les actes réglementaires et les actes individuels...

Cette matière est relativement bien connue. Il suffit donc d'en exposer les grandes lignes.

A la différence de l'acte individuel, le règlement est un acte-règle, participant du caractère de la loi et de sa nature matérielle, notamment en ce qui concerne sa généralité, sa permanence et son caractère obligatoire. Un certain nombre de règles autonomes découlent de cette nature : le point de départ du délai contentieux est déterminé de façon plus stricte que pour les décisions individuelles (81), et les effets de sa publication sont différents (82), les tribunaux judiciaires ne peuvent en principe jamais interpréter (83) ni apprécier la légalité (84) des actes individuels alors qu'ils sont toujours compétents pour interpréter un règlement (85)

---

(80) Chambre syndicale de la propriété bâtie de La Baule, 7 mai 1948, R. 202.
(81) Cf. *supra*, p. 196.
(82) Demoiselle Balthazard, 26 novembre 1954, D. 1955-524, note Morange.
(83) Sauf s'il s'agit d'actes clairs ou que la loi l'a prévu. Cf. *Grands arrêts*, p. 334.
(84) Septfonds, T.C., 16 juin 1923, S. 1923-3-49, note Hauriou.
(85) *Id.*

et peuvent parfois apprécier sa légalité (86), les règles relatives à la suppression rétroactive d'une mesure ne sont pas les mêmes suivant que l'acte est réglementaire ou individuel (87), les possibilités d'action de l'administration étant plus grandes pour le premier que pour le second.

Il est bien évident que ces différentes règles s'expliquent par le fait que l'acte réglementaire est une loi matérielle à caractère général alors que l'acte individuel est seulement relatif à une situation particulière. Mais il faut remarquer que, précisées à l'occasion de recours contentieux, elles ne sont pas relatives à la procédure juridictionnelle. Ce sont des règles de fond, qui réagissent sur la technique mise en œuvre par le juge (délais, appréciation de la légalité) mais ne concernent pas la situation juridique des parties au litige. C'est que l'acte réglementaire, quoiqu'il soit une loi matérielle, est, au point de vue formel, un simple acte administratif.

Comme l'acte individuel, le règlement est en effet une forme d'expression du « pouvoir administratif », il émane d'une autorité administrative et se trouve donc, en application de la loi (88), soumis au recours pour excès de pouvoir, même dans les cas où il se révèle le plus proche de la loi, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit d'un décret-loi (89).

C'est dire que sa différence de nature avec l'acte individuel...

B. — ... Ne se traduit pas par une différence de régime contentieux.

a) Il n'y a rien là que de très normal. Léon Blum et Raphaël Alibert ont en effet commis une erreur, qu'il leur était d'ailleurs à peu près impossible d'éviter : ils ont traité le droit comme une condition de recevabilité de l'action (Alibert) ou comme son fondement (Blum). Par là, ils rejoignaient les erreurs de la doctrine processualiste « classique », seule existante ou peu s'en faut à l'époque où ils écrivaient. Une fois posée nettemment la différence entre l'action et le droit qu'elle permet de faire valoir, leurs for-

---

(86) La règle est générale pour les tribunaux correctionnels (Avranches et Desmarets, T.C., 5 juillet 1951, R. 638), exceptionnelle pour les tribunaux civils (Barinstein, T.C., 30 octobre 1947, R. 511) ; elle est inversée dans le cadre de la jurisprudence El Hamidia.

(87) Cf. Louis Lucas, « Le retrait des actes administratifs individuels », D. 1952, chr., p. 101 ; Copper-Royer, « Les conditions du retrait d'un acte administratif », A.J. 1954-1-141 ; Waline, « Le retrait des actes administratifs », *Mélanges Mestre*, 1956, p. 563.

(88) Article 9 de la loi du 24 mai 1872, article 32 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 : le Conseil d'Etat statue « sur les recours en annulation des actes formés par les diverses autorités administratives ».

(89) Cf. *supra*, p. 42.

mules perdent beaucoup d'intérêt car elles effleurent le problème sans le traiter au fond. Au point de vue de l'action en excès de pouvoir telle qu'elle est ouverte aux requérants par la jurisprudence, il n'y a aucune raison de distinguer les recours suivant qu'ils sont dirigés contre des actes réglementaires ou contre des actes individuels : le pouvoir d'agir existe ou n'existe pas, mais il reste toujours de la même nature.

La distinction proposée par les deux auteurs est donc plus psychologique que juridique et relève davantage de la science administrative que du droit pur. Il est en effet certain que le recours est assez nettement personnel et subjectif quand il est dirigé par un requérant contre une mesure qui le touche seul et dont bien souvent il connaît l'auteur, quand l'administrateur a pris sa décision en fonction d'une situation donnée dont il connaît personnellement les éléments; psychologiquement, le recours à la justice est alors très nettement un procès entre parties. Il paraît au contraire l'être beaucoup moins si le litige porte sur un acte réglementaire. Mais, au point de vue strictement contentieux — qui nous importe seul ici — il n'y a aucune différence véritable.

b) Cependant, la distinction proposée peut se révéler féconde, mais il faut la transporter sur un autre plan. Si en effet l'on abandonne le faux problème des rapports entre l'action et le droit considéré comme sa condition d'exercice ou son fondement (90), il reste la question de savoir si l'action en excès de pouvoir permet de faire valoir un droit.

Dans cet esprit, on pourrait concevoir que la distinction entre les actes individuels et les actes réglementaires permette de faire passer la frontière entre les différents contentieux soumis aux tribunaux administratifs au milieu du recours pour excès de pouvoir, scindant ainsi ce recours en deux parties, l'une objective (recours contre les règlements), l'autre subjective (recours contre les actes individuels). Suivant la définition de la notion de partie que nous avons adoptée (91), seul le recours contre un acte individuel ouvrirait alors un litige entre parties.

Outre qu'elle n'est pas adoptée par la jurisprudence (92), une telle distinction est difficilement admissible au point de vue théorique.

D'une part, les auteurs qui l'adoptent affirment que le recours contre un acte individuel met en jeu des droits alors qu'il en est

(90) Cf. *supra*, p. 26.
(91) Cf. p. 12.
(92) Cf. § 1.

autrement du recours contre un acte réglementaire mais, pour être vigoureusement présentée, l'opposition établie n'est justifiée en aucun point de leurs développements. Pourquoi le requérant disparaît-il pour laisser place au droit et aux principes généraux lorsqu'il défère un règlement à la censure du juge de l'excès de pouvoir ? On ne sait.

D'autre part, l'opposition enlève toute portée au principe de la distinction des contentieux. Se proposant en effet un affinement de la théorie classique, elle n'aboutit qu'à la démanteler en montrant que certains recours dits objectifs font valoir des droits; mais elle n'offre rien pour la remplacer car la solution qu'elle propose est très imprécise (93). Cette imprécision provient selon nous du fait que Léon Blum et Raphaël Alibert ont cherché à dégager des différences matérielles (suivant la nature de l'acte, le litige porte ou non sur un droit) là où l'examen de critères formels n'en révélait aucune (le recours pour excès de pouvoir reste toujours soumis aux mêmes règles). Or, une telle attitude, pour intéressante et légitime qu'elle soit, nous paraît vouée à l'échec dans le domaine de la procédure où les problèmes de forme sont essentiels.

c) La distinction proposée nous semble donc à rejeter tant en ce qui concerne les conditions d'existence et d'exercice de l'action, domaine où elle se révèle inexacte, qu'en ce qui concerne le droit mis en œuvre par le recours pour excès de pouvoir, domaine où elle est à la fois injustifiée et imprécise. Elle était d'ailleurs condamnée au départ puisque — et c'était inéluctable à l'époque où elle fut proposée — elle reposait sur la théorie processualiste classique qui faisait du droit une condition et le fondement de l'action.

Mais Blum et Alibert ont cependant joué un grand rôle, en introduisant définitivement l'idée que, au moins en certains cas, le recours pour excès de pouvoir fait valoir un droit. Très logiquement, d'autres auteurs ont poussé la démonstration plus loin, et soutenu que le recours pour excès de pouvoir faisait toujours valoir un droit.

Section III

LE RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR FAIT TOUJOUR VALOIR UN DROIT

Nous pensons qu'il en est bien ainsi. Mais, avant d'exposer le schéma du raisonnement que nous aurons à vérifier dans la suite

(93) Cf. *supra*.

de cette partie, il faut commencer par rappeler et critiquer la position de certains auteurs qui ont soutenu la thèse que le recours pour excès de pouvoir fait toujours valoir un droit mais en la présentant de telle sorte qu'elle en devenait inacceptable.

§ 1. — L'école subjectiviste.

Sous le nom d'école subjectiviste, il faut à notre avis ranger Artur (94), Marie (95) et surtout Barthélemy (96) et Bonnard (97). De ces auteurs — auxquels le goût du paradoxe permettrait d'ajouter... Laferrière (98) — nous ne retiendrons que les deux derniers; leur exposé est en effet le plus net et le plus représentatif.

A. — La position de Barthélemy et de Bonnard.

Cette position peut se résumer en deux propositions, qui se commandent l'une l'autre et se retrouvent, identiques et dans le même ordre, chez les deux auteurs.

1. — *La notion de litige contentieux suppose une contestation portant sur un droit.*

« L'analyse étymologique du mot contentieux indique qu'il signifie engagement d'une instance ayant pour but de mettre fin à une discussion sur un point de droit. Le mot contentieux lui-même éveille bien d'ailleurs l'idée d'un litige, d'une contestation » (99). Or, Barthélemy consacre les trente-six pages de son premier chapitre à exposer qu'il faut répondre négativement à la question : « Y a-t-il un recours contentieux auquel ne correspond pas un droit subjectif ? », tandis que Bonnard affirme dès ses premiers

---

(94) Artur, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », R.D.P. 1900 à 1903.

(95) *Droit positif et juridiction administrative*, 2 vol., 1897.

(96) *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, thèse Toulouse, 1899.

(97) « Les droits publics subjectifs des administrés », R.D.P. 1932, p. 695 ; *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, 1934.

(98) T. II, p. 306 : « On doit d'ailleurs remarquer que si une décision discrétionnaire ne peut jamais blesser que de simples intérêts par les dispositions qu'elle édicte, elle peut néanmoins blesser de véritables droits par la manière dont elle est rendue; c'est ce qui arrive lorsque les règles de compétence ou de forme ne sont pas observées car chacun a le droit d'exiger, dans toute décision qui le touche, l'observation de ces règles qui sont la garantie commune de tous les intéressés. C'est ainsi que l'idée de droit lésé, cette idée mère de tout le contentieux administratif, apparaît aussi dans la matière de l'excès de pouvoir; sans doute, en présence d'actes discrétionnaires, on n'a pas le droit d'exiger que l'autorité prononce dans tel ou tel sens, mais on a le droit d'exiger qu'elle prononce dans les formes de droit et dans les limites de sa compétence. »

(99) Kritter, *La tierce opposition en droit administratif*, thèse Paris, 1935, p. 19.

développements : « Le recours juridictionnel suppose essentiellement un droit mis en cause. »

Pour apprécier la portée de ces conclusions, il faut préciser qu'elles portent uniquement sur le fond du droit. Le problème de recevabilité — résolu par l'exigence d'un simple intérêt — est justement écarté du débat car « on ne peut qualifier le recours pour excès de pouvoir par une condition de recevabilité qui lui est extérieure, qui n'a aucune influence sur son résultat et qui, de plus, est commune à tous les recours » (100). Le point de départ est donc le suivant : Le rôle du juge est dans tous les cas (Barthélemy) ou essentiellement (Bonnard) de trancher une question relative au droit subjectif. Dès lors, et même s'il fallait assimiler le recours pour excès de pouvoir à l'exercice d'une action possessoire (101), leur postulat initial imposait à nos auteurs de rechercher quels étaient les droits sanctionnés par l'action en excès de pouvoir.

2. — *Les particuliers ont des droits subjectifs contre l'administration.*

Tout naturellement Barthélemy et Bonnard se sont trouvé amenés à reconnaître aux particuliers la jouissance de droits subjectifs dont le sujet passif serait l'administration; c'est sur ces droits que porterait le litige en excès de pouvoir.

a) Le fondement de ces droits se trouve pour eux dans l'ensemble du droit objectif : le particulier invoque la loi objective à l'appui de son recours, mais, comme il l'invoque subjectivement, son action est l'expression d'un droit subjectif (Barthélemy) ; le droit subjectif étant le pouvoir d'exiger de quelqu'un, en vertu d'une règle de droit objectif, une chose à quoi l'on a intérêt, sous la sanction d'une action en justice, le recours pour excès de pouvoir sanctionne un droit puisqu'il permet au requérant d'exiger une chose à laquelle il a intérêt (Bonnard).

Quant à la possibilité logique d'admettre des droits subjectifs contre l'Etat au profit des administrés — problème abordé par Bonnard à la fin de son étude —, elle résulte du fondement attribué au droit subjectif : étant donné en effet que le particulier peut exiger quelque chose de l'administration en vertu de la force impérative incluse dans la règle de droit, et que cette possibilité

(100) Barthélemy, *op. cit.*, p. 62.

(101) Cf., sur ce point, Barthélemy, *op. cit.*, p. 57; Hauriou reprit plus tard la discussion dans sa note sous l'arrêt Carteron (29 juin 1906, S. 1907-3-97). Mais il semble qu'aucun résultat satisfaisant ne puisse en être tiré au point de vue de la notion de partie.

est, par définition, un droit subjectif, il suffit, pour admettre que le recours pour excès de pouvoir fasse valoir des droits, que l'Etat soit soumis au droit objectif, condition qui est en fait réalisée.

Pour sa part, Barthélemy invoque un argument plus concret : puisque, après une première annulation pour un motif de forme ou de compétence, l'administration peut édicter le même acte à condition de respecter les formes légales, il faut bien en conclure que le requérant jouit d'un véritable droit aux formes et à la compétence, droit qu'il invoque à l'appui de son recours. Pourquoi dès lors ne pas généraliser, en admettant que, dans toutes les espèces, le requérant excipe d'un droit subjectif en demandant le respect de la loi positive ? (102).

b) Le contenu concret des droits subjectifs ainsi fondés est très étendu. Bonnard parle du « droit subjectif des administrés au respect de la légalité » tandis que Barthélemy pousse la terminologie plus loin et mentionne, notamment, le droit à l'opportunité, le droit à l'observation des formes et de la compétence, etc.

Dans cette optique, le recours pour excès de pouvoir doit évidemment être considéré comme une action permettant de faire valoir des droits, c'est-à-dire comme un recours subjectif, Les litiges objectifs ne comprennent plus, dès lors, que le contentieux pénal (103).

La position de Barthélemy et Bonnard est critiquée par la majorité des auteurs; et, de fait, elle nous semble inexacte. Encore faut-il exposer pourquoi, de façon à poser nettement les bases de l'explication que nous proposerons ensuite.

B. — Critique.

La critique peut s'exercer de plusieurs manières et dans plusieurs directions, qui n'ont pas toutes le même intérêt.

1. — *Critique des résultats obtenus.*

L'exemple type de ce premier raisonnement est fourni par M. de Laubadère, suivant qu'il faut condamner cette conception parce que, avec elle, « la distinction des recours objectifs et subjectifs perd le plus clair de son intérêt pratique » (104). Cet argument ne porte pas, du moins à notre sens.

Il faut en effet se garder d'accorder à l'opposition « objectif-subjectif » une valeur absolue. Certes, elle est un instrument d'analyse particulièrement fécond. Mais rejeter une théorie parce que

(102) Barthélemy, *op. cit.*, pp. 66 et suiv.
(103) Bonnard, *Précis de droit administratif*, 1943, p. 222.
(104) de Laubadère, p. 337, n° 605.

ses conséquences ont pour résultat de priver un instrument de son utilité aurait amené les savants à rejeter les théories sur la composition de l'atome au prétexte qu'elles étaient invérifiables avec les instruments dont ils disposaient... On ne peut donc reprocher à Barthélemy et Bonnard de priver d'intérêt la théorie de la distinction des contentieux.

Une remarque s'impose d'ailleurs. Nul doute que cette théorie n'ait eu son heure d'utilité et de vérité. Mais on peut se demander si, aujourd'hui, la compénétration croissante et maintes fois signalée du droit public et du droit privé (105) et le double phénomène de dégradation et d'appropriation de l'Etat, dû essentiellement à la poussée des forces syndicales et des groupes de pression économiques, n'ont pas eu pour conséquence de faire perdre à l'opposition objectif-subjectif ce qui en constituait le fondement : la distinction du général et du particulier.

Aussi bien avions-nous déjà signalé (106) que la distiction était particulièrement difficile à manier et qu'elle pouvait logiquement disparaître si l'on admettait que le contentieux subjectif était un cas particulier de contentieux objectif. De même, et par un processus inverse, Barthélemy et Bonnard en sont venus à réduire la distinction à sa plus simple expression, en posant qu'il était subjectif d'invoquer à son profit une règle de droit objectif. Il y a là un problème de vocabulaire, qui nous semble sans portée particulière, le tout étant de s'entendre sur le fond des choses désignées. La critique du raisonnement suivi le permettra.

2. — Critique du raisonnement suivi.

Elle est à la fois plus féconde et plus pertinente. Le raisonnement suivi pour démontrer l'existence de droits subjectifs exercés contre l'administration est, en lui-même, impeccable. Mais il repose implicitement sur une prémisse très discutable et qui, selon nous, en fausse la portée.

La distinction du droit et de l'action n'est faite en effet ni par Barthélemy ni par Bonnard; les deux stades de leur démonstration en sont viciés.

Leur notion du contentieux tout d'abord semble erronée. Il existe en effet des litiges juridictionnels au cours desquels aucun droit subjectif antérieur n'est invoqué. Duguit l'a montré en posant au départ la distinction des contentieux objectif et subjectif (107).

---

(105) Cf. notamment : « La distinction du droit public et du droit privé et l'entreprise publique », *Archives de philosophie du droit*, 1952.

(106) *Supra*, p. 215.

(107) T. II, § 28, p. 436.

On peut parvenir au même résultat en raisonnant sur d'autres bases : il suffit de séparer nettement l'action du droit pour percevoir qu'il y a procès aussitôt que les personnes en présence utilisent pour saisir le juge une action en justice attribuée subjectivement; toute notre première partie a ainsi été consacrée à montrer qu'il en était bien ainsi dans le cas particulier du recours pour excès de pouvoir. La question de savoir si un procès porte sur des droits ne doit donc être résolue qu'après avoir montré que le litige donnait bien lieu à un procès; sa réponse peut être négative (contentieux pénal ou électoral par exemple) ou positive (droit commun) et c'est effectuer une pétition de principe que de poser en hypothèse, comme Barthélemy et Bonnard, que le procès ouvert par une véritable action porte, *ipso facto*, sur des droits subjectifs. Cette attitude escamote la démonstration et prive de toute valeur les résultats obtenus.

En second lieu, l'analyse des droits publics subjectifs des administrés semble, elle aussi, inexactement présentée car, prisonnière de l'idée que le droit devait logiquement préexister à l'action, l'école subjectiviste a dû admettre que le droit du requérant naissait à son profit directement de la loi objective et que le recours pour excès de pouvoir avait seulement pour rôle d'en concrétiser l'existence et d'en sanctionner la violation; d'où les notions de droit à l'opportunité, aux formes, etc. Mais ce raisonnement se heurte irrémédiablement à la critique exprimée par Duguit : « Jamais la règle de droit, pas plus la constructive que la normative, ne peut donner (directement) de droit subjectif » (108).

La théorie de Barthélemy et Bonnard est donc inacceptable car elle repose sur des bases inexactes. C'est pourtant elle dont la formulation est la plus proche des conclusions auxquelles nous a conduit l'examen de la jurisprudence.

§ 2. — Notre position personnelle.

Il faut en préciser nettement les contours théoriques, de façon à indiquer la signification qu'il convient d'attribuer à la formule « le recours pour excès de pouvoir fait valoir un droit », et pour dégager le cadre dans lequel nous présenterons ensuite la jurisprudence. A cette fin, nous présentons ici, en allant du simple au complexe, le schéma de l'analyse qui nous semble valable; analyse dont nous reprendrons et développerons les thèmes au cours des titres suivants (109).

---

(108) T. I, p. 238; nous avons ajouté « directement » à la citation pour rétablir l'esprit d'un texte trop long pour être cité intégralement.

(109) Cf. *infra*, notamment pp. 250 et 303, et titre III.

Il s'agit de déterminer si le recours pour excès de pouvoir fait ou non valoir un droit; il est plus facile de résoudre ce problème en commençant par rechercher à quel moment pourrait naître le droit en question, examinant ensuite ce qu'il en est de son existence (c'est-à-dire quels sont ses éléments et comment il naît).

A. — La date de création du droit que le recours pour excès de pouvoir fait valoir.

Cette question est fondamentale et, si nous employons l'expression « fait valoir » au lieu du verbe « sanctionne », c'est en fonction de la réponse que nous proposons de lui apporter.

1. — *La distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs fournit une première approximation.*

On sait qu'une décision de justice est dite déclarative de droit lorsqu'elle produit rétroactivement effet à compter du jour où le droit est né (110) et qu'elle est déclarée constitutive quand ses résultats se produisent à partir du jour où elle a été rendue. En droit privé et mises à part quelques exceptions (111), les décisions juridictionnelles sont, dans l'ensemble, déclaratives. C'est ainsi notamment que la doctrine moderne interprète les jugements rendus sur une action en responsabilité comme déclaratifs de droit et constitutifs d'indemnité : le droit (ou l'absence de droit) du demandeur sont considérés comme nés (ou déniés) au jour du fait générateur de responsabilité, mais l'indemnité n'est due, et ne produit intérêt, qu'à partir du jour de la décision définitive.

Transposée dans le domaine du recours pour excès de pouvoir, cette analyse amène bien évidemment à conclure que les arrêts rendus en excès de pouvoir sont déclaratifs puisque leurs effets sont, en principe, et dans toute la mesure du possible, rétroactifs. S'il faut admettre que le recours pour excès de pouvoir fait valoir un droit, ce droit doit donc être considéré comme né au plus tard le jour où est intervenue la décision administrative qui le lésait et qui est ensuite rétroactivement annulée. Au plus tard disons-nous; c'est qu'il faut pousser plus loin la recherche et effectuer une distinction supplémentaire.

---

(110) Mazeaud, « De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droit », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1929, p. 17; sur la rétroactivité au jour de la naissance du droit (et non au jour de la demande), cf. p. 45.

(111) La plus importante d'entre elles est celle que constitue le jugement de divorce.

2. — *La distinction des droits antérieurs à l'action et de ceux qui lui sont concomittants.*

a) Suivant la très fine analyse que M. Roubier effectuait à propos de l'action en concurrence déloyale (112), il convient en effet de distinguer deux situations distinctes.

Dans un premier cas, le demandeur invoque à l'appui de sa demande un droit subjectif né antérieurement à la saisine du juge. Ainsi, le droit de propriété, le droit de créance, le droit à une succession sont-ils antérieurs aux actions qui les sanctionnent, actions en revendication, en exécution, en pétition d'hérédité. Ainsi encore, les droits privatifs nés du dépôt d'un brevet, d'un modèle ou d'une marque sont-ils antérieurs à l'action en contrefaçon qui en est la sanction naturelle.

Dans un second cas, le demandeur utilise son action alors qu'il ne peut justifier d'aucun droit préexistant. Un exemple en est donné par l'action en concurrence déloyale qui ne correspond pas à la défense d'un droit déjà établi mais qui est simplement un moyen de défense accordé par le droit objectif contre la conduite d'un concurrent. Dans ces hypothèses (113), il en va comme en droit romain : l'action est la mesure du droit.

b) Appliquée au contentieux de l'excès de pouvoir, cette distinction y introduit une clarification notable et permet d'échapper à l'une des critiques qui ruinait la présentation proposée par l'école subjectiviste.

Dans toute la mesure où l'on admettra par la suite que le recours pour excès de pouvoir fait bien valoir un droit, *le droit dont il s'agit ne devra pas en effet être considéré comme né antérieurement au litige.* Les expressions « droit à la légalité », « droit aux formes » ne devront plus être employées car elles laissent entendre — et telle était bien la pensée de Barthélemy et de Bonnard — que ce droit est préexistant au recours. En réalité, il n'en est rien; comme dans l'action en concurrence déloyale, ce droit naît du recours, il est mesuré par lui et ne lui préexiste pas. Avant d'exposer quels en sont les éléments, il faut encore lever une objection qui pourrait venir à l'esprit.

Il serait en effet possible de s'étonner que, directement issu du recours, le droit naisse cependant, grâce à la rétroactivité de l'annulation, au jour où l'administration a édicté l'acte. Mais cette objec-

---

(112) *Revue trimestrielle de droit civil,* 1952, p. 162.

(113) Outre l'action en concurrence déloyale, il faut citer l'enrichissement sans cause, l'action en désaveu de paternité et, surtout, l'ensemble du contentieux de la responsabilité quasi délictuelle.

tion ne tient pas car la fiction de rétroactivité se retrouve en droit privé dans tout le domaine de la responsabilité quasi délictuelle où les jugements sont déclaratifs quoique le droit qu'ils reconnaissent ne puisse être considéré comme antérieur à l'action qui le fait valoir. On comprendra mieux encore cette proposition en étudiant le processus de création et les éléments du droit mis en valeur par l'action en excès de pouvoir.

B. — Le processus de création et les éléments du droit.

La notion de droit subjectif comprend deux éléments qu'il faut combiner : un élément concret connu depuis Ihering sous le nom d'intérêt juridiquement protégé (114) et un élément abstrait, la volonté manifestée par le titulaire du droit de protéger juridiquement son intérêt; on peut aussi parler d'élément matériel et d'élément volontaire. Cette analyse est trop classique pour mériter des développements; il faut en revanche vérifier la manière dont elle doit être appliquée aux problèmes posés par le recours pour excès de pouvoir.

1. — *Le processus de création du droit.*

Il nous paraît très simple. L'élément matériel du droit (« un intérêt ») est tout naturelle défini par le grief que l'acte critiqué doit avoir causé au demandeur; rappelons en effet que, sous le nom de grief, les tribunaux administratifs entendent dégager une notion qui est connue par les processualistes sous le nom d'intérêt.

Dès lors, ou bien le recours est rejeté et aucun problème ne se pose; aucun droit n'est créé. Il n'en va pas autrement dans le contentieux de la responsabilité quasi délictuelle où le jugement rendu est, en cas d'échec, déclaratif de l'absence d'un droit au profit du demandeur. Ou bien, le recours aboutit à une annulation. En ce cas, la protection juridique invoquée par le demandeur est certaine puisque c'est elle qui a déterminé la décision du juge. Quant à l'avantage obtenu, il est très évidemment défini par le grief exigé du requérant pour qu'il puisse se pourvoir : la disparition du grief que causait l'acte attaqué constitue l'avantage obtenu par le requérant, avantage qui est ainsi et tout à la fois, l'un des éléments du droit créé par le succès du recours et la conditions d'exercice de l'action en justice.

L'élément volontaire, c'est à nos yeux le fait d'intenter le recours. Aussi longtemps en effet que le recours pour excès de

(114) La doctrine moderne parle plus volontiers de « l'avantage ». Le mot est sans doute plus expressif, mais la réalité désignée est la même.

pouvoir n'est pas intenté, le particulier qui aurait avantage à la disparition d'un acte qui lui fait grief et qui pourrait invoquer le bénéfice d'une protection juridique, ce particulier n'a pas de droit, il ne peut rien exiger (115). Mais, à supposer les conditions précédentes remplies, c'est-à-dire à supposer l'action recevable et fondée, tout change lorsqu'il a déposé son recours : par l'effet de cet acte de volonté, son droit naît, et il naît rétroactivement.

Que le droit naisse, c'est ce qui nous semble évident. Si en effet l'administration refuse de tirer les conséquences impliquées dans l'arrêt d'annulation, le demandeur pourra, à son choix, obtenir une indemnisation ou faire annuler les actes pris après l'arrêt d'annulation mais sans en tirer les conséquences nécessaires. Et son action s'exercera alors pour défendre le droit préexistant né du succès de son recours antérieur.

Que le droit naisse rétroactivement et commence à produire effet antérieurement à l'acte de volonté exprimé dans la requête n'est surprenant qu'en apparence. Comme en droit privé, le rôle du juge est comparable à celui d'un révélateur qui, sur une plaque photographique obscure fait apparaître l'image encore invisible mais déjà imprimée; il reconnaît le droit mais ne le crée pas (116).

L'analyse que nous proposons échappe à la critique qu'il fallait faire à Barthélemy et Bonnard de parvenir à un résultat intuitivement perçu comme faux en parlant de « droit subjectif à la légalité ». Il faut montrer pourquoi, en étudiant les éléments du droit créé par le succès d'un recours pour excès de pouvoir.

2. — *Les éléments du droit.*

Notre raisonnement n'aboutit pas en effet à admettre un droit quelconque aux formes ou à la compétence; loin de là. Une telle formule laisse supposer que l'objet du droit et le but du recours pour excès de pouvoir sont de faire respecter l'impartialité, les formes ou le droit par l'administration; telle est la position de l'école subjectiviste. Or, pour nous, il n'en est rien.

L'objet du droit n'est et ne peut être qu'une chose : le maintien ou l'obtention de l'avantage que l'acte critiqué tend à dénier. Le

(115) Rappelons en effet, quoique ce ne soit pas indispensable à nos développements, que le titulaire d'un droit subjectif peut exiger réparation de quiconque méconnaît son droit.

(116) Aux raisons qui font qu'il en est ainsi en droit privé (cf. MAZEAUD, *op. cit.*), s'ajoute un motif particulier au recours pour excès de pouvoir. Le jugement rétroagit au jour où la décision a été édictée et non au jour de la demande, parce que cette dernière solution priverait l'annulation de tout intérêt : que servirait, par exemple, d'annuler un décret s'il fallait admettre que toutes les mesures individuelles prises pour son application avant le dépôt de la requête sont valables ?

problème de l'impartialité, des formes ou de la compétence est tout différent; sa solution se rattache aux problèmes de savoir si l'intérêt était juridiquement protégé.

Soit par exemple un candidat empêché de se présenter à l'Ecole Nationale d'Administration au motif (inavoué mais patent) de ses opinions politiques. L'avantage dont il poursuit la recherche par le moyen du recours pour excès de pouvoir est la possibilité de se présenter au concours; le succès de son action aura précisément pour résultat de créer à son profit le droit de se présenter. Le détournement de pouvoir ou l'erreur de droit qui entache d'illégalité la décision du ministre ne sont que les fondements du droit, la justification du fait que l'avantage poursuivi était juridiquement protégé. Si l'on tient absolument à donner un nom au droit créé par le succès du recours, il faut donc parler du droit à se présenetr au concours et non du droit à l'impartialité.

L'analyse que nous proposons peut donc se schématiser ainsi : l'action en excès de pouvoir fait valoir un droit et ce droit comporte, conformément à la définition classique, deux éléments :

Un élément matériel (c'est un intérêt juridiquement protégé), qui se décompose lui-même en un avantage définissant l'objet de droit, et une protection juridique qui en constitue le fondement.

Un élément volontariste, qui réside dans la saisine du juge de l'excès de pouvoir.

L'expression « fait valoir » ne signifie donc pas que le droit subjectif est antérieur à l'action; elle signifie seulement que le succès du recours est générateur d'un droit, comme dans le contentieux de la responsabilité quasi délictuelle. Si cette opinion est admise, il faut donc renoncer à considérer le contentieux de l'excès de pouvoir comme un contentieux objectif.

C. — Annonce de plan.

Si le raisonnement que nous proposons n'a pas été effectué plus tôt, c'est vraisemblablement : d'une part parce que la confusion du droit et de l'action l'a longtemps privé de ses prémisses, d'autre part parce que la fausse voie empruntée par Bonnard en prenant pour l'objet du droit ce qui en était la justification a fait croire que toute recherche en ce sens était condamnée d'avance.

Mais il faut encore en vérifier l'exactitude à la lumière de la jurisprudence. Nous y consacrerons trois titres.

Le premier aura pour but de cerner l'objet du droit créé par le succès du recours pour excès de pouvoir et de rechercher s'il est vrai qu'il sert toujours à la protection de la situation individuelle du requérant; ainsi sera définie la première composante de l'élément matériel du droit : *un intérêt.*

Le second titre s'attachera à rechercher quel est le fondement du droit créé et à quelles conditions l'intérêt poursuivi par le requérant est *juridiquement protégé*; il faudra, notamment, y examiner si le juge de l'excès de pouvoir annule l'acte critiqué devant lui parce que l'intérêt du requérant était juridiquement protégé ou simplement parce que l'acte était objectivement illégal.

Un troisième titre enfin s'attachera à *l'élément volontaire* du droit créé; au plan contentieux, cet élément se traduit par la possibilité laissée au demandeur de choisir librement la cause qu'il entend donner à sa demande. Cette notion de cause est d'ailleurs un notion centrale dont l'analyse permettra de tenter une synthèse de notre sujet.

TITRE PREMIER

L'OBJET DU DROIT

Nous avons défini l'objet du droit créé par le succès d'une action en excès de pouvoir comme la protection d'une situation individuelle, que le demandeur estime irrégulièrement affectée par l'édiction d'un acte administratif (1). Il faut, dans ce titre, justifier et développer cette proposition, en l'illustrant d'exemples concrets, de façon à montrer comment la jurisprudence doit, selon nous, être présentée et comprise.

Le mot objet a un double sens, matériel (objet = chose, dans un sens indéterminé) et psychologique (objet = fin qu'on se propose) ; ainsi, « l'objet de la demande » peut désigner à la fois le but poursuivi par le plaideur (protection de sa situation individuelle) et la matière du litige soumis au juge (une situation individuelle). C'est pour éviter toute confusion terminologique et marquer que nous prenons le mot objet dans sa première acception que nous parlons de l'objet du droit. Mais il est bien évident que l'on pourrait aussi parler de l'objet de la demande; les deux expressions sont ici synonymes car, le droit étant créé par le succès de

(1) Par « protection », il faut entendre le maintien proprement dit (recours contre un acte positif) aussi bien que l'amélioration (recours contre un acte négatif).

la demande, le contenu de celui-là est forcément identique au contenu de celle-ci (2).

Cela dit, l'exposé doit se poursuivre en deux chapitres, le premier exposant ce qui constitue la règle, le second marquant ses limites actuelles.

(2) Cf. *supra*; les conclusions déterminent, en effet, la chose qui est jugée. Pour des développements plus complets sur la notion de demande, cf. *infra*, titre II, chap. Ier.

CHAPITRE PREMIER

TOUS LES RECOURS POUR EXCES DE POUVOIR PORTENT SUR UNE SITUATION PARTICULIERE

La formule suivant laquelle « le juge de l'excès de pouvoir limite son contrôle à une confrontation entre l'acte critiqué et la règle de droit » (1) est généralement admise sans difficulté par l'ensemble de la doctrine dans la présentation qu'elle donne du recours pour excès de pouvoir, sous la seule réserve (implicite d'ailleurs) que certaines nuances doivent y être apportées pour tenir compte d'une jurisprudence très souple. Mais elle semble inexacte et ne rend pas compte des arrêts, sauf à intégrer dans la notion de légalité des éléments qui en paraissent pourtant radicalement distincts, comme l'appréciation des faits, l'examen éventuel de circonstances exceptionnelles, la recherche plus ou moins subjective du détournement de pouvoir, etc. Or, intégrer ces notions dans le concept général de légalité, c'est conférer à ce dernier une nature aussi « envahissante » que celle du caractère objectif ou subjectif d'une situation; à la limite, tout devient contrôle de légalité, jusqu'à l'appréciation des circonstances d'un accident d'automobile.

(1) DE LAUBADÈRE, p. 344, n° 618.

Il semble donc plus conforme à la logique et à la terminologie de ne parler de « contrôle de légalité » que pour désigner l'opération qui consiste à comparer un acte avec les normes juridiques qu'il devait respecter. Dès lors, il apparaît que le recours pour excès de pouvoir ne saurait être considéré comme réalisant uniquement un simple contrôle de légalité, ni même comme réalisant un tel contrôle à titre principal. Avant d'en tenter la démonstration, nous voudrions donner un « indice » et proposer une justification du bien-fondé de notre point de vue.

L'indice, c'est la qualité requise des parties au recours. On a vu en effet que cette qualité se déterminait de façon subjective, en fonction de la situation particulière et individuelle des parties. Or, « il ne s'agit pas seulement d'une justification du droit de saisir le juge d'un recours contentieux. Intérêt et argumentation au fond sont liés » (2). Il n'y aura donc rien d'étonnant à constater que le juge de l'excès de pouvoir fait porter son examen sur la situation individuelle dont il exige la justification pour statuer sur un litige; c'est même le contraire qui serait paradoxal (3).

La justification, c'est le fait que, tout recours pour excès de pouvoir réalisant un véritable procès, la mission du juge y est la même que dans tout autre litige véritablement contentieux; c'est-à-dire qu'il doit rendre à chacun ce qui lui est dû et ne saurait se prononcer qu'après un examen attentif des circonstances de l'espèce.

Pour montrer que, dans tous les cas, le litige porte sur une situation individuelle et non, comme on le soutient généralement, sur un problème abstrait de légalité pure, nous étudierons successivement deux aspects de la jurisprudence.

Le premier relatif au demandeur; pour lui, le but du recours pour excès de pouvoir est sans nul doute la protection de la situation qui lui est propre, qu'il critique un acte individuel ou un règlement. Et le succès de son action consacre un droit dont l'objet est le maintien de sa situation.

Le second relatif au juge; on verra que son examen porte au premier chef sur la situation des parties et non sur la légalité de l'acte. Et cette observation confirme que, à travers le problème de légalité, c'est le droit au maintien de la situation du demandeur qui est discuté dans le litige.

---

(2) DE SOTO, note sous demoiselle Cavalier, R.D.P. 1957, p. 153.
(3) Pour des exemples concrets, cf. *infra*, section II.

Section I

LE BUT DU RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR EST LA PROTECTION D'UNE SITUATION INDIVIDUELLE

Le problème n'est pas de rechercher le fondement théorique de ce principe : s'il faut être, pour intenter le recours, dans une situation donnant qualité, c'est bien sûr parce que l'action en excès de pouvoir n'a d'autre but que de protéger la situation individuelle du requérant.

Mais il faut examiner de près son application concrète, pour montrer qu'il est bien adopté par la jurisprudence, ou du moins que cette dernière n'y contredit point.

§ 1. — L'acte attaqué n'est pas réglementaire.

1. — *C'est l'hypothèse la plus fréquente.*

La lecture des recueils d'arrêts, notamment du Lebon, le laisse déjà penser; les enseignements à en tirer sont pourtant limités car un grand nombre de décisions sont publiées en sommaire ou, ce qui est plus grave, ne sont pas publiées du tout, spécialement lorsqu'elles émanent de tribunaux administratifs régionaux. Mais le président du tribunal administratif de Marseille, M. G. Weill, a étudié la question dans le rapport qu'il a soumis au premier colloque des présidents de tribunaux administratifs (4). L'une de ses conclusions les plus intéressantes pour notre sujet est précisément la constatation que, dans leur très grande majorité, les requérants attaquent seulement les actes administratifs individuels qui affectent directement leur situation particulière; certes, ils invoquent à l'appui de leur recours l'illégalité des actes réglementaires qui ont servi de fondement à la mesure critiquée (5), mais ils ne s'en prennent que très rarements à la régularité de l'acte réglementaire lui-même (6).

Il faut présenter deux remarques à propos de cet état de chose.

La première est que ce problème quantitatif débouche sur un problème qualitatif. Si, et dans la mesure où, l'on admet qu'il y ait dans la matière de l'excès de pouvoir des règles et des excep-

---

(4) « Les premiers résultats de la réforme du contentieux administratif », E.D. 1957, p. 131.

(5) Comme la jurisprudence leur en donne le droit (Despujol, 10 janvier 1930, S. 1930-3-41, note Alibert).

(6) Deux ou trois recours contre des décisions réglementaires sont annuellement enregistrés au greffe du tribunal administratif de Marseille; Weill, *op. cit.*, p. 131.

tions, il semble logique de poser comme règle le cas le plus fréquent et comme exception celui qui est le moins souvent réalisé. Dès lors, la règle devient que le recours pour excès de pouvoir est un moyen de protection des situations individuelles.

La seconde est que la tendance générale des justiciables conforte singulièrement notre analyse de la qualité. Psychologiquement, le demandeur ne raisonne absolument pas comme une sorte de ministère public. Il conteste la légalité d'un acte administratif pour la seule et unique raison que l'acte déclaratif d'utilité publique, le refus d'une permission ou la sanction disciplinaire portent préjudice à des intérêts qu'il estime légitimes et déplore de voir méconnus.

Avant d'illustrer ces propositions de quelques exemples, il faut exposer dans quel esprit on doit les comprendre.

2. — *L'objet du recours n'est pas le respect de la légalité.*

La protection de la situation individuelle affectée par l'acte attaqué est en effet demandée pour elle-même. Certes, il existe des exceptions, des cas où le recours pour excès de pouvoir est intenté « pour la gloire ». L'affaire la plus connue à ce sujet est sans doute celle intentée à l'instigation de Duguit par le syndicat des propriétaires du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli; encore convient-il de noter que la solution du problème de recevabilité intéressait plus Duguit, alors professeur de droit administratif, que la réponse donnée aux conclusions de la requête (qui fut d'ailleurs rejetée) (7). On trouverait sans doute un certain nombre de recours inspirés par le le souci de ne pas laisser « se créer un précédent », notamment en matière d'organisation professionnelle. Mais, dans l'immense majorité des cas c'est le souci de protéger leur situation particulière qui fait agir les requérants quand la mesure critiquée est individuelle.

On voit sur quel point nous nous séparons des théories présentant les ouvertures du recours pour excès de pouvoir comme manifestant un droit subjectif au respect de la compétence, des formes, de la loi ou de l'impartialité. Ces arguments sont les moyens de la requête; mais *l'objet de la demande n'est pas le respect de la légalité, c'est le maintien d'une situation individuelle.* Le droit que le recours pour excès de pouvoir consacre n'est pas le « droit à la légalité des décisions administratives », le droit à une bonne admi-

(7) Syndicat des propriétaires du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli, 3 février 1905, S. 1909-3-33, note HAURIOU.

nistration, ni même un droit sur l'Etat; c'est le droit au respect d'une situation juridiquement protégée. Il est de même nature que, par exemple, le droit d'un commerçant à une protection contre les entreprises déloyales de ses concurrents.

3. — *Quelques exemples.*

Ils seraient faciles à multiplier; on peut les classer en plusieurs catégories, qui ne présentent pas d'ailleurs de différences fondamentales entre elles.

a) L'acte attaqué est une mesure positive, c'est-à-dire qui modifie l'ordonnancement juridique existant.

S'il concerne directement le demandeur, le problème est si simple qu'il vient à disparaître. C'est l'hypothèse envisagée par Blum dans ses conclusions sous l'arrêt Boussuge (8) : « Le débat... dans toutes les espèces de cette nature est bien un litige entre intérêts individuels. » Ainsi, dans le contentieux de la fonction publique, où il est admis avec une bienveillance particulière, le recours pour excès de pouvoir « prend l'allure d'un mode de règlement des conflits individuels du travail entre les employeurs publics et leurs agents » (9), notamment en ce qui concerne les sanctions, les licenciements et l'épuration. Ainsi encore, le contentieux des réquisitions, celui des actes déclaratifs d'utilité publique (10), l'ensemble des recours pour excès de pouvoir en matière fiscale, ont très évidemment pour but la protection d'une situation individuelle affectée par la survenance d'un acte administratif. On pourrait y ajouter, sans épuiser la liste, l'ensemble des mesures de police — arrêtés d'expulsion ou d'assignation à résidence, arrêtés fixant le régime des eaux, etc. — et celui des questions économiques où intérêt et qualité sont évidents de la part d'administrés qui défendent leur situation professionnelle (11).

Si, à l'inverse l'acte individuel mis en cause ne concerne pas directement le demandeur, si par exemple il s'agit d'un fonctionnaire attaquant la nomination ou la promotion d'un collègue, d'un pharmacien contestant l'autorisation d'ouvrir une officine donnée

---

(8) Cf. *supra*, titre préliminaire.

(9) Gabolde, R.P.D.A. 1957, p. 97.

(10) Certes, l'acte déclaratif d'utilité publique n'est pas un acte individuel *stricto sensu*, en ce sens qu'il ne porte aucun nom. Mais, une fois qu'il a été édicté, toutes les opérations qui suivent « vont se dérouler pour ainsi dire automatiquement » (de Laubadère, p. 781, n° 1565) ; et comme la portée du projet et les parcelles à exproprier résultent de l'enquête préalable, les propriétaires menacés défendent directement leur propriété en attaquant la déclaration d'utilité publique.

(11) Cf. de Soto, « Recours pour excès de pouvoir et interventionnisme économique », E.D. 1952, p. 64.

à un concurrent ou de toute autre situation analogue, l'analyse précédente reste valable. Les intéressés sont en effet recevables à saisir le Conseil d'Etat « lorsque ces nominations sont de nature à leur porter préjudice » (12), c'est-à-dire lorsque, et dans la mesure où, leur situation individuelle est de nature à se trouver ultérieurement affectée par les conséquences de la décision qu'ils critiquent. Dans ce cas encore, nul doute que l'action en excès de pouvoir serve à défendre une situation individuelle.

b) La chose peut sembler moins évidente dans le cas des mesures négatives, des refus, implicites ou explicites, opposés par l'administration à une demande qui lui est faite. Pourtant, là encore, il est certain que le demandeur cherche à protéger sa situation individuelle. En dirigeant son recours contre le refus d'une permission de voirie, d'une décoration, d'une autorisation quelconque, il semble bien en effet que le requérant n'ait d'autre but en vue que sa situation propre, qu'il veut protéger au sens le plus large du terme, c'est-à-dire maintenir mais aussi, dans une perspective dynamique, améliorer.

Il en va si bien ainsi que, dans les hypothèses de cette nature, ce n'est pas l'administration qui amorce le litige par l'acte qu'elle édicte, mais bien le particulier qui, en adressant sa demande initiale, crée le problème en même temps qu'il en définit le cadre contentieux. On ne saurait donc soutenir que le rôle du Conseil d'Etat est ici celui d'un simple « contrôleur de la légalité », confrontant l'acte administratif aux normes abstraites qui lui préexistaient.

Dans tous les cas où des mesures négatives sont attaquées, et en pratique ce sont les cas les plus fréquents (13), le juge de l'excès de pouvoir se trouve saisi d'une décision qui, provoquée par la demande d'un particulier, concerne une situation individuelle et manifeste l'intention qu'a eue le requérant de « forcer la main » à l'administration. Il ne paraît donc pas inexact de soutenir que les recours dirigés contre des mesures négatives tendent à la protection d'une situation individuelle.

c) Reste alors le cas des mesures « mixtes », à la fois négatives et positives; il s'agit le plus souvent d'actes collectifs : ainsi, notamment, un tableau d'avancement, les listes d'un concours ou d'une expropriation — admission à concourir, admissibilité, admission définitive — sont à la fois des actes positifs pour ceux qui y sont

(12) Charles, 1er juillet 1955, A.J. 1955-2-302, conclusions Long. Ces conclusions sont d'ailleurs très brèves sur la qualité; la chose semble aller de soi.

(13) Cf. Weill, *op. cit.*, p. 133.

inscrits et des actes négatifs pour ceux qui ne s'y trouvent pas. Dès lors, il s'agit encore pour le requérant de défendre sa situation individuelle, soit en demandant l'élimination de concurrents éventuels (14), soit, à l'inverse, en critiquant sa propre mise hors de cause (15). Il en est si bien ainsi que le demandeur est irrecevable dans son action s'il ne peut justifier que sa situation individuelle a été affectée; par exemple, le candidat régulièrement éliminé aux épreuves d'admissibilité ne peut ensuite attaquer la liste d'admission définitive (16).

Quel que soit le type d'acte non réglementaire attaqué par lui, positif ou négatif, individuel ou collectif, le requérant vise donc à la protection de sa situation individuelle et le succès de son recours en protègera certains éléments. Aussi bien d'ailleurs pouvions-nous nous contenter de simples rappels sur cette question à propos de laquelle un accord, au moins tacite, semble pratiquement réalisé en doctrine. Reste à montrer qu'il en va de même quand l'acte attaqué est réglementaire.

§ 2. — L'acte attaqué est réglementaire.

Dans ce cas en effet, dont l'intérêt théorique reste grand malgré sa faible fréquence pratique, il semble à beaucoup que le recours pour excès de pouvoir ne sert pas vraiment à la protection d'une situation individuelle. Pourtant le raisonnement montre qu'il en va bien ainsi, et l'examen d'une jurisprudence sur les moyens à effets limités le confirme.

A. — Le demandeur vise a la protection d'une situation individuelle.

S'agissant d'un acte réglementaire, aux effets très larges et en tous cas indéterminables à l'avance avec précision, l'annulation produit l'effet *erga omnes* attaché au succès de tout recours pour excès de pouvoir. Par conséquent, et en quelque sorte par définition, le succès d'un recours n'intéresse pas seulement le requérant, mais également un nombre de tiers qui peut être considérable (17). Ce sont sans doute ces effets particulièrement étendus qui ont

(14) Ce qui peut amener à critiquer un tableau d'avancement où l'on figure; cf., par exemple, Marcotte, 4 février 1955, R. 70.

(15) Cf., par exemple, Barel, 28 mai 1954, R. 308 (conclusions Letourneur).

(16) Lombard, Section, 2 novembre 1956, R. 407; mais il peut toujours attaquer les listes d'admissibilité.

(17) Ainsi, l'annulation des décrets instituant le rationnement de l'essence aurait été de nature à intéresser tous les Français : Chambre syndicale nationale du commerce, de la réparation, du garage, de l'entretien et du ravitaillement de l'automobile, Assemblée, 25 octobre 1957, R. 553.

conduit Léon Blum, Alibert et bien d'autres à considérer que « les deux parties sont en réalité : le règlement d'une part, la loi ou les principes généraux du droit de l'autre » (18). Il s'y ajoutait certes une autre raison, que nous retrouverons plus loin : l'acte individuel peut créer des droits, l'acte réglementaire n'en crée jamais.

Mais en ce qui concerne la situation individuelle du requérant, il apparaît bien que le succès du recours a pour résultat le plus immédiat celui de la protéger.

Si le demandeur est un groupement, il arrivera que tous les intéressés soient représentés par la personne morale à qui ils ont confié le soin de défendre leurs intérêts. En ce cas, on peut légitimement soutenir que le problème n'est pas foncièrement différent de celui où un acte individuel est attaqué par le particulier qu'il vise. La mesure touche « le meunier », « le mandataire de la halle aux vins », « le betteravier », et, par l'intermédiaire de leur groupement, ce sont bien ces abstractions qui agissent en justice. Tout règlement vise abstraitement une certaine catégorie juridique d'individus; dans la mesure où tous ces individus se sont groupés pour former une seule personne morale, tout se passe au point de vue qui nous occupe comme si le règlement était un acte individuel pris à l'encontre de cette personne morale. Il en va si bien ainsi que, dans le cas où les intéressés ne sont pas groupés en une association unique qui peut agir en leur nom, on constate qu'ils agissent à titre individuel et en grand nombre. Par exemple, on a enregistré en 1954-1955, deux mille recours intentés par les associations de parents d'élèves à l'occasion des mesures d'application de la loi Barangé (19).

Mais il existe d'autres hypothèses, de beaucoup plus rares d'ailleurs en jurisprudence. Ce sont celles où un individu, voire même une personne morale, entreprend par la voie de l'excès de pouvoir un règlement qui, s'il affecte bien sa situation particulière, concerne aussi, directement, d'autres individus. En ce cas encore, il paraît évident que le seul but du demandeur est de protéger sa situation individuelle; il ne peut d'ailleurs agir que dans la mesure où il justifie d'un grief suffisamment individualisé.

L'annulation aura des conséquences sur la situation d'autres individus qui étaient dans le champ d'application du texte ? Tant mieux pour eux, ou tant pis, suivant les cas. Le droit d'intervention qu'ils ont, et la tierce opposition qui leur est ouverte s'ils justifient

(18) Blum, conclusions sous Boussuge.
(19) Weill, rapport précité.

d'un droit, leur permettent de se défendre. Aussi bien ne s'agit-il pas ici de la situation des tiers mais de celle du requérant; or celui-ci défend toujours sa situation particulière. Peu importe à cet égard qu'il ne soit pas le seul dans cette situation.

Avant de passer à l'examen d'une jurisprudence fort importante et qui confirme notre point de vue d'une manière particulièrement remarquable, il faut encore lever une objection qui provient d'une analyse à notre avis inexacte donnée par certains auteurs du litige contentieux.

Lorsqu'en effet Léon Blum, et plus généralement les partisans de l'autonomie des recours pour excès de pouvoir dirigés contre un règlement font valoir à l'appui de leur thèse que le requérant ne peut invoquer les droits subjectifs qu'ils tirent de leur situation personnelle à l'encontre d'un acte réglementaire, ils ne prouvent rien. D'une part en effet, comme nous le préciserons plus loin, l'examen des situations individuelles n'est pas exclu du contentieux des règlements. D'autre part et surtout, une telle remarque est sans portée réelle en ce qui concerne notre raisonnement car, cherchant à montrer ici que le recours pour excès de pouvoir sert à protéger des situations individuelles, les moyens utilisés à cette fin nous importent peu.

Ainsi, en détachant l'objet du recours — protection d'une situation individuelle — de ses moyens, on échappe facilement au faux raisonnement suivant lequel l'action contre un règlement ne serait pas subjective parce qu'elle ne permettrait pas de faire valoir des droits subjectifs.

B. — La jurisprudence relative aux moyens a effet limité.

L'arrêt de section demoiselle Cavalier, Labrusse, Fichot et Homburger (20) apporte une confirmation décisive à notre thèse. Il est à notre connaissance le seul de son espèce; mais il faut avouer que la « détection » de telles décisions est fort délicate. Elle est même pratiquement impossible, sauf si les conclusions sont publiées et révèlent ainsi ce sur quoi le Conseil d'Etat refuse de se prononcer. Aussi bien, ni M. Long ni M. de Soto ne citent-ils d'arrêts sur le point qui nous intéresse.

Il semble cependant possible d'appuyer un raisonnement sur cette décision. En effet, le même jour, l'assemblée plénière du Conseil d'Etat se prononçait au fond sur les questions que l'espèce demoiselle Cavalier refusait d'aborder (21). Ce n'est donc pas la

(20) Demoiselle Cavalier et autres, Section, 26 octobre 1956, R. 387; A.J. 1957-2-29, conclusions Long; R.D.P. 1957, p .153, note de Soto.

(21) D'Azambuja, Assemblée, 26 octobre 1956, R. 388.

poursuite d'une « politique » quelconque, la fuite devant le fond en saisissant un prétexte de forme, qui ont conduit la section du contentieux à statuer comme elle l'a fait, mais bien des considérations juridiques qui, pour être procédurales, ont néanmoins paru assez importantes pour justifier sa réunion.

a) Les circonstances de l'affaire.

Il s'agissait de deux requêtes dirigées contre le décret du 25 octobre 1951 et le règlement d'administration publique du 26 octobre 1951, relatifs aux bourses d'enseignement du second degré, décisions connexes qu'il convenait de joindre pour y être statué en un seul arrêt (22). Chacune de ces requêtes était présentée par quatre requérants : la demoiselle Cavalier, membre du Conseil supérieur de l'Education nationale; le sieur Labrusse, président de la Fédération nationale des parents d'élèves des écoles publiques du premier degré; le sieur Fichot, père d'un futur candidat à une bourse du second degré; le sieur Homburger, professeur agrégé dans un établissement secondaire. La qualité de ces différents demandeurs se révélant différente, la requête n'était recevable qu'à l'égard du premier dénommé, suivant une jurisprudence classique (23), en l'espèce la demoiselle Cavalier. Jusqu'ici, rien que de très normal.

Mais la conséquence tirée par le Conseil d'Etat, en plein accord avec son commissaire du gouvernement, est plus nouvelle : « Considérant que la demoiselle Cavalier agissant comme membre du Conseil supérieur de l'Education nationale, et qui n'a intérêt qu'en cette seule qualité, ne peut être admise à demander l'annulation des décrets concernant la distribution des bourses nationales qu'en établissant que les prérogatives de ce conseil n'ont pas été respectées; que, par suite, le moyen présenté par elle à ce sujet est le seul à l'examen duquel il y ait lieu de procéder. »

Cette décision est très riche de conséquences; il faut les passer en revue suivant leur ordre juridique.

b) Les requérants ne peuvent pas tous soulever les mêmes moyens; c'est la signification essentielle de l'arrêt.

Certes, « le cas est assez exceptionnel pour un pourvoi dirigé contre un acte réglementaire » (24). Il n'en reste pas moins que la seule possibilité d'une telle hypothèse, n'en connaîtrait-on avec certitude qu'un exemple pratique, révèle qu'il n'est pas soutenable à l'heure actuelle de prétendre que le recours pour excès de pouvoir

(22) Cf. *supra*, p. 136.
(23) Cf. *supra*, p. 138.
(24) Long, conclusions précitées.

est un simple contrôle de légalité effectué par le Conseil d'Etat, sur une initiative individuelle mais sans tenir un compte réel de l'existence du requérant.

Si en effet il s'agissait bien d'un tel type de procès, chacun des requérants admis à se pourvoir pourrait invoquer avec succès tous les moyens d'illégalité. Comme l'arrêt demoiselle Cavalier révèle que cette conséquence n'est pas réalisée, il faut bien en conclure, *a contrario*, que le recours pour excès de pouvoir, même dirigé contre un règlement, laisse une certaine importance à l'initiative du demandeur et à sa situation particulière. C'est le premier enseignement à tirer de l'espèce commentée; il est fort important. Mais, il faut le compléter, en recherchant notamment quelle est la marge de liberté laissée au requérant.

c) Les moyens utilisables sont liés à la qualité invoquée.

On savait déjà que le Conseil d'Etat ne statue en principe que sur les moyens expressément invoqués par les parties. Sans exposer ici cette jurisprudence qui sera reprise plus loin (25), il convenait de la rappeler pour bien marquer que la décision demoiselle Cavalier n'est pas une espèce aberrante mais s'intègre au contraire dans une évolution qui tend à faire du recours pour excès de pouvoir un procès entre parties et, notamment, à considérer les mémoires des requérants comme produisant les mêmes effets juridiques que les conclusions déposées devant un tribunal judiciaire. Plus précisément, elle y marque une nouvelle restriction apportée à la liberté des parties, en application du principe général de la procédure suivant lequel on ne peut défendre que les intérêts qu'on représente. Et si tous les requérants ne peuvent invoquer les mêmes moyens à l'appui d'une requête dirigée contre le même acte, c'est parce qu'ils ne justifient pas de la même qualité. La qualité pour agir ne détermine donc pas seulement les personnes admises à s'affronter devant le juge; elle définit également les armes utilisables.

Franchi ce stade du raisonnement, le Conseil d'Etat a examiné attentivement, à la suite de M. Long, le seul moyen que la demoiselle Cavalier pouvait utilement soulever et, après l'avoir rejeté comme mal fondé, a rendu son arrêt et fermé le dossier. Mais il faut franchir un pas de plus et tirer l'inéluctable conséquence de cette décision.

d) Dans l'espèce, les moyens utilisables ont été liés à la situation individuelle du requérant.

(25) *Infra*, titre II.

Cette affirmation ne paraît pas contestable. Comme le rappelait M. de Soto dans sa note (26), « on ne choisit pas impunément une technique juridique; cette dernière a ses exigences et sa logique ». En l'occurence, la notion de qualité, dont nous avons tenté une analyse en montrant qu'elle commandait la jurisprudence sans cependant avoir reçu de consécration officielle et malgré quelques incertitudes de vocabulaire (27), cette notion a sa logique et ses exigences.

C'est ainsi que les arguments qu'il est possible d'utiliser par la voie d'une action en excès de pouvoir dépendent de la qualité du requérant ou, ce qui revient au même, que « la qualité du requérant s'apprécie par rapport aux conclusions ». Mise en valeur par M. Long (28), cette formule signifie que, en l'état des prétentions soumises au Conseil d'Etat, ce dernier les déclare ou non recevables suivant la qualité excipée par le demandeur; une qualité donnée n'est suceptible de fonder qu'une prétention déterminée (27).

C'est ainsi également que les moyens invocables dépendent de la qualité dont a justifié le requérant. Mais on sait que la qualité se définit essentiellement par la situation individuelle de l'individu qui agit en justice. Dès lors, exiger des moyens qu'ils soient en rapport avec la situation individuelle de la partie, c'est, à l'évidence, faire passer cette situation individuelle au premier plan. Tout le monde est certes d'accord mais, présenté de cette façon, le raisonnement ne prouve à peu près rien.

e) Dans l'espèce, le recours pour excès de pouvoir, quoique dirigé contre un règlement, protégeait une situation individuelle et ne protégeait qu'elle.

Si l'on inverse la démonstration, le résultat apparaît plus probant. Il nous semble en effet possible de dire : tout recours pour excès de pouvoir protège une situation individuelle; une situation individuelle ne peut être défendue en justice que par des arguments qui lui sont particuliers; donc, un recours pour excès de pouvoir ne peut être fondé que sur certains moyens. La conclusion du syllogisme étant consacrée par la jurisprudence et la mineure ne paraissant pas niable, c'est donc que la majeure est juste. Il en est d'autant plus ainsi que ce raisonnement s'intégre dans une série de développements aux résultats concordants.

---

(26) Précitée.

(27) Cf. *supra*, pp. 125 et suiv. Rappelons qu'elle réunit la qualité et l'intérêt du droit privé, c'est-à-dire les conditions relatives à la personne des parties.

(28) Conclusions sous Charles, 1er juillet 1954, A.J. 1955-2-302; conclusions sous demoiselle Cavalier, précitées.

En l'espèce d'ailleurs, le Conseil d'Etat est allé plus loin encore. Il ne résulte pas seulement de la décision demoiselle Cavalier que le recours en excès de pouvoir sert à défendre une situation individuelle; cet arrêt signifie encore que l'action peut uniquement servir à ce but. Imposer au requérant d'invoquer seulement les arguments tirés de la violation des règles gouvernant la situation juridique qui lui est particulière, et dont il tire qualité pour agir, c'est en effet poser la règle que le recours pour excès de pouvoir est une action destinée à protéger les situations individuelles et à ne protéger qu'elles.

Dès lors, on est bien loin de l'action populaire. On ne s'en éloignait guère au fond en posant des conditions plus ou moins strictes à la saisine du juge par le demandeur. Mais en posant la règle suivant laquelle le recours pour excès de pouvoir protège des situations individuelles et ne protège qu'elles — c'est l'apport de l'arrêt demoiselle Cavalier —, on se trouve aux antipodes de l'action populaire; l'action en excès de pouvoir se rapproche singulièrement de l'action en justice telle que le droit privé l'a définie.

Une question doit encore être posée.

f) Peut-on généraliser la solution de l'arrêt demoiselle Cavalier :

Il s'agit certes d'une décision d'espèce en ce sens qu'il a fallu la réalisation d'une hypothèse somme toute assez rare pour qu'elle voie le jour : un requérant qui ne pouvait invoquer qu'un seul moyen (29) et joignant sa requête à celle d'autres requérants qui ne pouvaient précisément pas invoquer le moyen en question.

Mais cette décision d'espèce permet d'éclairer sous un jour nouveau un grand nombre d'arrêts. Il n'est pas interdit de penser en effet que, dans tous les cas où l'existence d'un moyen était liée à la justification d'une qualité précise, le Conseil d'Etat se serait prononcé comme dans l'arrêt demoiselle Cavalier s'il en avait eu l'occasion, c'est-à-dire qu'il aurait implicitement reconnu que le recours pour excès de pouvoir ne peut servir qu'à la défense d'une situation particulière, même lorsqu'il est dirigé contre un règlement. Décision d'espèce par les circonstances dans lesquelles il est intervenu, notre arrêt est donc une décision de principe par les conséquences qu'il faut en tirer.

Reste alors à déterminer si le juge de l'excès de pouvoir prend toujours en considération les arguments tirés par les requérants

(29) La qualité de membre d'un corps délibérant n'ouvre, à l'encontre d'une décision, qu'un seul moyen : la violation des droits et prérogatives du corps (Sureau, 30 avril 1926, R. 439 ; Canat, 4 décembre 1935, R. 1135).

de leur situation individuelle, et si ce sont les seuls qu'il examine. La décision demoiselle Cavalier le laisse présager, mais il faut y regarder de plus près.

Section II

LE JUGE DE L'EXCÈS DE POUVOIR EXAMINE LES SITUATIONS INDIVIDUELLES

Déviant légèrement de notre propos pour la durée d'une section, il convient de marquer ici que le juge de l'excès de pouvoir ne fait pas porter son examen sur la seule légalité de l'acte entrepris devant lui mais tient le plus grand compte des situations individuelles créées ou modifiées par l'acte attaqué. Certes, de tels développements semblent ne pas s'intégrer directement dans le cadre d'une tentative effectuée pour démontrer que le recours pour excès de pouvoir fait toujours valoir un droit; loin de nous en effet la pensée de soutenir que les requérants tirent toujours un droit de la situation qui était la leur avant l'édiction de l'acte qu'ils critiquent : si cette hypothèse est parfois réalisée quand il s'agit d'un acte individuel, il n'en est certainement pas ainsi quand il s'agit d'un acte réglementaire.

Mais, d'une part il apparaît opportun de marquer au passage que le Conseil d'Etat n'est pas indifférent à la situation individuelle des requérants : pour souligner un nouvel aspect subjectif du recours pour excès de pouvoir et, surtout, pour indiquer que la jurisprudence apporte à la règle suivant laquelle l'action en excès de pouvoir tend à la protection d'une situation individuelle, un corollaire qui en est une nouvelle confirmation. D'autre part, nous voudrions marquer que la doctrine, si elle s'est penchée sur le problème de façon généralement très brillante (30), n'a pas tiré des solutions apportées par la jurisprudence la signification essentielle, à nos yeux tout au moins.

Il faut en effet, selon nous, dépasser l'exposé du « contrôle du fait » par le juge de l'excès de pouvoir. Valable certes dans une étude menée en fonction de l'optique du juge, une telle position apparaît sans valeur dans le cadre d'une étude conçue en fonction des parties; pour elles, l'action en excès de pouvoir soumet au juge l'ensemble d'un litige portant sur une situation individuelle.

---

(30) Goldenberg, *Le Conseil d'Etat juge du fait*, thèse Paris, 1932; Dubisson, *La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir*, thèse Paris, 1955; Vénézia, *Le pouvoir discrétionnaire*, thèse Paris, 1956.

§ 1. — La « mauvaise » optique : le contrôle du fait par le juge de l'excès de pouvoir.

Un bref rappel historique permet seul de comprendre la position actuelle de la doctrine.

1. — *Histoire.*

Le problème est né dans le temps même où le recours pour excès de pouvoir prenait son autonomie contentieuse, du désir manifesté par l'administration de ne pas être contrôlée de trop près dans son action et de la politique jurisprudentielle prudente, timide même à ses débuts, du Conseil d'Etat. Il en résulta, nous l'avons dit (31) que, pendant longtemps, l'action en excès de pouvoir fut considérée comme un procès fait à un acte; la violation de la légalité, si elle fondait l'examen contentieux, en marquait également les limites. Le contrôle du juge ne pouvait porter sur l'appréciation des faits réalisée par l'administration ni, a fortiori, sur l'oportunité des mesures prises. Dans un tel système, il est bien évident que les situations individuelles n'étaient absolument pas prises en considération. Le Conseil d'Etat se conduisait comme un simple contrôleur de la légalité amené à vérifier la conformité d'un acte aux règles antécédentes. Son rôle était presque mécanique, même dans la recherche du détournement de pouvoir (32), et l'on aurait pu concevoir qu'il s'exerçât en dehors de tout recours contentieux tant l'attention prêtée aux circonstances de l'espèce était minime.

Par un singulier paradoxe, c'est à l'époque où le Conseil d'Etat modifia son attitude et accepta d'attraire les faits de la cause dans le champ de son examen, à l'époque donc où il commença de quitter son rôle de contrôleur ou de vérificateur pour jouer celui d'un juge au plein sens du terme, c'est à ce moment-là que ses commissaires du gouvernement, sans doute pour calmer ses scrupules et l'encourager à s'engager dans une voie nouvelle pour lui, firent valoir que sa mission s'apparentait à celle d'un supérieur hiérarchique (33). Nous avons exposé les raisons d'une telle attitude; elle fut, au demeurant, rapidement abandonnée et nul ne doute aujourd'hui que le contrôle du fait par le juge de l'excès de pouvoir soit une conséquence logique du caractère pleinement contentieux acquis par le recours dont il connaît.

---

(31) *Supra*, pp. 84 et suiv. ; Maugras, 16 novembre 1900, S. 1901.3.57.

(32) Carville, 22 mai 1896, S. 1897-3-121; Maugras, 16 novembre 1900, S. 1901-3-97; Trotin, 21 décembre 1900, S. 1903-3-57; dame de Romagère, 31 janvier 1908, S. 1908-3-153, etc., sont autant d'hypothèses où le détournement de pouvoir présente un caractère objectif évident.

(33) *Supra*, p. 82.

Actuellement, le contrôle, c'est-à-dire la prise en considération de la situation à propos de laquelle est intervenue la décision attaquée, est très général puisque, suivant M. Odent (34), la seule matière où il est impossible est celle des internements prononcés en application de la législation de guerre (35). Pourtant, malgré l'attention portée aux faits de l'espèce par le juge de l'excès de pouvoir, le principe demeure en doctrine que le recours pour excès de pouvoir, même s'il est devenu impossible de le considérer comme un procès fait à un acte (36), est un litige qui porte uniquement et exclusivement sur une question de légalité; une seule réserve est apportée à cette formule, pour tenir compte des cas où la légalité d'une mesure dépend des circonstances qui en ont motivé et conditionné l'édiction.

2. — *La doctrine.*

a) *La doctrine classique.*

On sait en effet que la doctrine classique soutient dans son ensemble que les tribunaux administratifs ne contrôlent que la légalité des actes administratifs et ne se penchent sur le problème des faits que dans la mesure où sa solution est indispensable à l'appréciation juridique des décisions critiquées devant eux. Et l'on distingue à ce propos les matières où le Conseil d'Etat (37) se borne à vérifier l'exactitude matérielle des faits invoqués par l'administration et celles où il vérifie si cette dernière a donné une qualification correcte aux faits qui ont motivé sa décision.

Rentrent ainsi dans la première catégorie les contentieux de certaines mesures de police générale (police des étrangers [38], délivrance des passeports [39]), les contentieux posant des questions techniques que le juge de l'excès de pouvoir ne se sent pas de taille à régler et où il ne veut pas recourir aux services d'un expert (40), certains litiges enfin qui concernent la fonction publique, le Conseil d'Etat se refusant à apprécier la valeur profes-

---

(34) Odent, p. 607.

(35) Frocrain, Section, 27 février 1948, R. 97; Agnély, 6 mars 1953, R. 743. *Adde :* la jurisprudence sur l'état d'urgence et les pouvoirs spéciaux en Algérie (Union générale des fédérations de fonctionnaires, 12 juillet 1957, R. 469).

(36) *Supra*, p. 84.

(37) C'est essentiellement de lui qu'il s'agit, car les arrêts de principe en la matière sont dans l'ensemble antérieurs à 1953.

(38) Eckert, Section, 24 octobre 1952, S. 1953-3-52, note Tixier.

(39) Imbach, Section, 14 mai 1948, D .1948-226, note J. G.

(40) Société des laboratoires du Bac, 27 février 1948, R. 100; Société Toni, 27 avril 1951, R. 236; Ville de Lisieux, 9 janvier 1953, D. 1953-391, conclusions Guionin; Palaprat, 19 janvier 1954, R.D.P. 1954, p. 1072, note Waline, etc.

sionnelle d'un fonctionnaire où les circonstances qui justifient son classement dans telle ou telle catégorie (41).

Rentrent à l'inverse dans la seconde catégorie l'ensemble des autres litiges, où le juge de l'excès de pouvoir contrôle à la fois l'exactitude matérielle et la qualification juridique donnée aux faits de la cause par l'administration pour justifier sa décision, notamment — c'est l'exemple le plus classique — pour le contentieux disciplinaire (tel fait constitue-t-il ou non une faute ?).

Elle ajoute que l'opportunité d'une décision administrative ne peut jamais être discutée en matière d'excès de pouvoir.

Ce problème est d'ailleurs un faux problème. Aucune juridiction n'est en effet amenée à se prononcer par voie contentieuse sur l'opportunité d'un acte ou d'une action déféré à son appréciation (42) ; il n'y a d'exception que dans le cas où une mesure n'est régulière et légale qu'à la condition d'être opportune (43). Le juge de l'excès de pouvoir se conduit donc de la même façon que tous les juges quels qu'ils soient, en refusant de tirer les conséquences juridiques du fait qu'une décision soit inopportune.

Le problème du « Conseil d'Etat juge de l'opportunité » se pose pourtant, mais pour une raison particulière au contentieux administratif : l'absence de Code et les nombreuses lacunes de l'ordonnancement juridique. Il apparaît en effet que le recours aux principes généraux du droit est une manifestation du contrôle de l'opportunité effectué par le juge de l'excès de pouvoir, en ce que celui-ci reste maître de les appliquer, de les combiner, de les créer (44). Aussi bien ce problème ne nous retiendra pas; il est en dehors de notre propos.

Mais l'optique de la théorie classique nous paraît inexacte parce que semblable à celle du promeneur à qui « les arbres cachent la forêt ». Plus exactement, il semble que l'autorité des premiers analystes et la première manière du Conseil d'Etat, juge du fait par exception, aient empêché les auteurs de percevoir l'évolution fondamentale qui affectait la nature même du recours pour excès

---

(41) Jurisprudence constante.

(42) Il en est autrement en matière gracieuse; par exemple, le tribunal civil apprécie l'opportunité des ventes d'immeubles effectuées au nom d'un mineur par son tuteur (art. 458 du Code civil).

(43) Cf., par exemple, Morel, 5 août 1908, R. 865; Dacquignies, 25 mai 1954, R. 303.

(44) Cf. JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, p. 248 : « Le Conseil d'Etat jouit, dans l'application des principes, d'un pouvoir largement discrétionnaire, d'une véritable maîtrise. » Le juge de l'excès de pouvoir n'applique en effet les principes généraux que s'il le juge opportun, et l'opportunité envisagée peut fort bien être celle de la décision attaquée.

de pouvoir. Lorsque M. Waline écrit (45) : « il n'apprécie les faits que dans la mesure où c'est nécessaire pour résoudre une question de droit », il laisse entendre que l'appréciation des faits est l'exception. Or il nous semble au contraire qu'elle est la règle.

Encore convient-il, avant de poursuivre, de s'arrêter sur une thèse remarquable où M. Dubisson a mis en lumière les instruments d'analyse nécessaires à l'étude de la jurisprudence (46). Si en effet la doctrine s'est laissée arrêter par le vice de forme et l'incompétence — où le contrôle du fait est plus réduit que dans les autres ouvertures —, c'est qu'elle n'avait pas dégagé les techniques indispensables.

b) *La position de M. Dubisson.*

Suivant une terminologie reprise par M. Eisenmann (47), M. Dubisson (48) a mis en lumière la distinction entre les rapports de conformité et les rapports de compatibilité. La question posée au juge étant celle de savoir si un acte a ou non respecté les normes qui lui préexistaient, le rôle du juge se révèle en effet différent suivant que l'acte attaqué était lié à la norme de référence (loi, règlement, acte antérieur) par des rapports de conformité ou de compatibilité.

Les rapports de conformité sont tels que « la décision conforme à la règle déterminante n'est en quelque sorte que la concrétisation de cette règle dans ceux des éléments déterminants de la règle de fond qu'elle renferme, par application qui en est faite à un cas d'espèce » (49). C'est dire qu'ils définissent une situation où les éléments de l'acte et son contenu sont prédéfinis. Il ne s'agit pourtant pas de compétence liée car l'administration reste libre d'agir ou de s'abstenir; mais si elle agit, elle ne peut le faire que suivant certaines modalités (si les rapports de conformité concernent des règles de forme ou de compétence), ou dans un certain sens (s'ils concernent des règles de fond). Ainsi, dans tous les cas où l'on se trouve en présence d'une réglementation légale précise et poussée, les actes administratifs, réglementaires ou individuels, sont avec elle dans un rapport de conformité. Le domaine de la fonction publique, le droit de l'expropriation, de l'épuration administrative, l'ensemble des décrets pris pour l'application d'une loi « nor-

(45) P. 413, n° 726.

(46) *La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir*, thèse Paris, 1955.

(47) Eisenmann, « Le droit administratif et le principe de légalité », E.D. 1957, p. 25.

(48) Dubisson, thèse précitée, pp. 70 à 106.

(49) Dubisson, *op. cit.*, p. 77.

male » (150) sont les terrains d'élection des rapports de conformité puisque l'acte administratif doit, quand il intervient, n'être que la concrétisation à une espèce (actes non réglementaires) ou à une série d'espèces (actes réglementaires) données de normes antérieures.

A l'inverse les rapports de compatibilité se révèlent plus lâches. « Ils existent quand sont posées des règles habilitatrices (accordant compétence) ou des règles directives ("respect de l'ordre public" par exemple) » (51). En ce qui les concerne, il suffit pour que l'acte administratif apparaisse régulier, qu'il soit « compatible » avec les normes supérieures. C'est dire que ce type de rapports existe lorsque la norme de référence n'est pas précise, notamment dans le domaine de la police. Cette indétermination de la norme juridique définit le pouvoir discrétionnaire (52) ; elle définit également le rôle du juge en présence d'un acte lié à la loi par un simple rapport de compatibilité : il n'examine plus la légalité de l'acte mais sa régularité.

Certes, « en définitive, le caractère déterminant de la réglementation jurisprudentielle échappe à toute classification précise » (53). Un tel aveu indique que les rapports de conformité et les rapports de compatibilité ne sont pas nettement séparés, que le critère de leur distinction reste purement doctrinal et ne se trouve pas consacré par le droit positif. Il n'importe; l'essentiel, nous l'avons dit, est que ces instruments d'analyse soient valables en eux-mêmes et nous permettent une meilleure approche des problèmes posés par le contentieux de l'excès de pouvoir.

Lorsque le juge de l'excès de pouvoir doit connaître d'actes liés à la loi par un rapport de conformité, sa mission est celle d'un simple vérificateur; il faut parler d'un *contrôle* exercé par lui. Certes, il peut rechercher si les faits sont matériellement exacts : M. Trepont avait-il ou non effectué une demande de mise en congé ? (54). M. Lehodey avait-il ou non une ancienneté suffisante ? (55). Le docteur Camino, maire d'Hendaye, avait-il ou non veillé à la décence d'un convoi funèbre auquel il assistait ? (56), etc. Mais, après cette opération, il n'y a plus qu'à appliquer la loi, et le rôle du juge apparaît presque mécanique.

---

(50) Par opposition aux lois de pleins pouvoirs et aux lois-cadres.

(51) Dubisson, *op. cit.*, p. 81.

(52) Dubisson, *op. cit.*, p. 94; comparer Vénézia, *op. cit.*, pp. 181 et suiv., pour une construction nouvelle du pouvoir discrétionnaire : « C'est dans la libre adéquation de l'objet de l'acte administratif aux antécédents objectifs de cet acte que réside le pouvoir discrétionnaire. »

(53) Dubisson, *op. cit.*, p. 95.

(54) Trepont, 20 janvier 1922, R. 65.

(55) Lehodey, 14 mars 1930, R. 296.

(56) Camino, 14 janvier 1916, R. 15.

Lorsque l'action en excès de pouvoir met en cause des actes administratifs liés à une règle préexistante par un simple rapport de compatibilité, le rôle du juge est sensiblement plus étendu. On ne peut plus parler de contrôle parce que la norme de référence est trop imprécise pour servir de point de comparaison; il faut dans ce cas parler d'un *examen* de régularité, de l'établissement par le juge d'un rapport entre l'acte critiqué et les règles avec lesquelles il devait être compatible. Cet examen conduit naturellement à une étude approfondie des circonstances de la cause : la loi se révélant imprécise, c'est en effet au juge qu'il appartient de qualifier les faits de l'espèce et de déterminer s'ils justifient ou non l'application de la loi qui a été faite par l'acte critiqué. C'est ainsi que le juge de l'excès de pouvoir examine si les faits reprochés à un fonctionnaire constituent une faute disciplinaire, si une perspective est monumentale, si une procession a un caractère traditionnel, si un syndicat présente un caractère représentatif, si une blessure présente le caractère de blessure de guerre, si l'ordre public est menacé, etc.

Cette analyse semble exacte, Mais, pour en tirer parti, nous devons en changer complètement l'optique. Elle permet en effet de définir la mesure dans laquelle le Conseil d'Etat se prononce sur l'opportunité des actes administratifs ou, à l'inverse mais dans le même esprit, la mesure du pouvoir discrétionnaire de l'administration. Mais pour nous, l'étude est centrée sur la condition des parties; c'est donc suivant leur point de vue qu'il convient d'aborder la question.

§ 2. — La « bonne » optique : l'examen des situations individuelles.

Cet examen peut porter sur la situation du demandeur ou sur celle du défendeur, ce qui est parfaitement normal dans le cadre d'un recours qui réalise un procès entre parties.

1. — *La situation du demandeur.*

a) Le cas d'un acte non réglementaire. Par hypothèse, le requérant défère alors au juge de l'excès de pouvoir un acte qui n'est intervenu qu'à raison de sa situation particulière. Dès lors, il apparaît bien que la question posée au juge n'est pas celle de savoir si l'acte aministratif est légal ou non *in abstracto*, mais de savoir s'il est légal étant donnée la situation en question. La question de légalité n'est logiquement résolue qu'après l'examen de la situation du requérant : le juge se penche d'abord sur cette situation, il en définit les contours et le contenu, puis il fait application de la règle de droit. Le processus de l'acte juridictionnel est donc

exactement le même dans la matière de l'excès de pouvoir que dans le procès de plein contentieux ou de droit civil. Encore convient-il d'effectuer une distinction.

L'acte attaqué est lié aux règles préexistantes et supérieures par des rapports de conformité. En ce cas, l'appréciation du juge peut seulement porter sur l'existence matérielle de la situation particulière qui a justifié l'édiction de l'acte. Etant donné en effet que les formes et le fond de l'acte sont prévus et déterminés par une règle supérieure, la seule possibilité ouverte au demandeur pour préserver sa situation individuelle est de soutenir que les conditions de l'édiction n'étaient pas remplies. C'est ainsi, pour reprendre un exemple classique et déjà cité, que l'article 97,4° de la loi du 5 avril 1884 impose aux maires de veiller au « maintien du bon ordre et de la décence dans les cimetières », faute de quoi ils peuvent être suspendus par arrêté préfectoral (art. 86 de la même loi). Dès lors, l'arrêté portant suspension du docteur Camino pour n'avoir pas veillé à la décence d'un convoi funèbre n'était attaquable que dans la mesure où il se fondait sur un fait matériellement inexact. Il apparaît donc clairement que l'élément essentiel du débat juridictionnel n'est pas l'acte administratif, mais la situation de fait à propos de laquelle il est intervenu. C'est le degré de réalisation du « fait-condition » qui détermine la solution à donner au problème de légalité.

Le mécanisme est le même quand l'acte critiqué était lié par un rapport de compatibilité aux règles antécédentes. Certes, l'initiative des plaideurs et le rôle du juge sont alors plus importants; mais tout leur effet va tendre à rechercher si et dans quelle mesure l'acte était justifié par la situation du demandeur : son immeuble s'intégrait-il dans le cadre d'une perspective monumentale ? Sa conférence constituait-elle une menace pour l'ordre public ? En d'autres termes, la question principale à résoudre est celle de savoir si la « qualité-condition » qu'il faut apprécier, justifie l'édiction de l'acte.

Fait-condition, qualité-condition, ces termes mettent en relief l'idée essentielle : le pouvoir de l'administration est conditionné. Et il n'est pas conditionné par la loi; une telle formule ne signifie plus rien aujourd'hui car tout pouvoir est, en principe du moins, prévu et limité par la loi, pour les particuliers comme pour l'administration. Le problème de la légalité des actes administratifs pose donc essentiellement un problème de fait, d'appréciation des circonstances de l'espèce, au moins dans le cas des actes individuels.

Mais, dira-t-on peut-être, la nuance est imperceptible entre les formules : « le juge examine la légalité de l'acte eu égard aux

circonstances » (c'est la présentation classique) et « le juge examine les circonstances au regard de la légalité ».

Certes, c'est d'ailleurs ce qui nous a autorisé à présenter ces développements sans faire appel à un grand nombre d'arrêts. Le changement est cependant considérable dans la mesure où la situation du demandeur se trouve placée au premier plan dans la présentation du recours; il permet en effet de montrer combien la barrière qui séparait sur ce point le contentieux de la légalité des autres types de litige juridictionnel était mince.

b) Le cas d'un acte réglementaire. Il faut encore y distinguer deux catégories de situations, suivant les deux types de rapports qu'il est susceptible d'entretenir avec les normes légales.

1° S'agit-il d'un simple rapport de compatibilité ? Le problème des circonstances de l'espèce se maintient au premier plan. La question posée au juge est en effet celle de savoir dans quelle mesure une situation-condition est réalisée. Par exemple, l'existence d'une situation de nature à engendrer des troubles qui menaceraient l'ordre public justifie, et justifie seule, l'édiction d'un règlement restreignant l'exercice des libertés individuelles (57) ; en conséquence, la légalité de la mesure prise dépend du point de savoir si un juste équilibre a été établi entre les nécessités de l'ordre public et le principe de la liberté individuelle. Il serait d'ailleurs superflu de développer longuement ce point car chacun connaît la censure régulière effectuée par le Conseil d'Etat à l'encontre des mesures de prohibition trop générale et de tous les actes édictés sans que l'administration ait tenu compte des circonstances de l'affaire (58).

Cette jurisprudence prouve à l'évidence que c'est la situation affectée par le règlement qui se trouve au premier plan de l'examen contentieux : puisque, dans le cas où cette situation n'a pas été prise en considération, le juge de l'excès de pouvoir annule pour ce motif l'acte entrepris devant lui, c'est bien qu'il envisage la légalité de la mesure par rapport à cette situation et non par rapport à un système abstrait de normes.

Il faut cependant lever une objection. La situation dont il s'agit est bien une situation particulière, d'un point de vue géographique (arrêtés préfectoraux et municipaux) ou matériel (textes concernant une catégorie donnée de situations), mais il peut sembler qu'elle n'est pas particulière au requérant et, par conséquent, que,

---

(57) Cf. Corneille, conclusions sous Baldy, 10 août 1917, R. 637.

(58) Cf., par exemple, Daudignac, 22 juin 1951, D. 1951-589, conclusions Gazier ; Mecret, « De l'obligation pour l'administration de procéder à un examen particulier des circonstances de l'affaire avant de prendre une décision, même discrétionnaire », E.D. 1953, p. 77.

dans l'hypothèse des actes réglementaires, le juge de l'excès de pouvoir ne se prononce pas réellement sur une situation individuelle. L'argument n'est pas sans portée. Mais il ne nous semble pas inexact de le réfuter en raisant observer que les tribunaux administratifs sont toujours saisis à propos d'une situation individuelle que le requérant cherche à défendre. Dès lors, c'est en fonction des arguments présentés par le demandeur qu'il se déterminera; même s'il est amené à élargir le champ du débat pour replacer l'espèce dans son contexte général, même s'il annule le règlement à l'égard de tous sur le recours d'un seul, le juge de l'excès de pouvoir se prononce bien sur une situation. Le demandeur n'est peut-être pas le seul à s'y trouver: qu'importe, l'essentiel est qu'il s'y trouve.

2° Le problème des règlements liés à la loi par un rapport de conformité semble pour sa part d'une interprétation plus délicate. Le décret pris en application d'une loi est en effet légal ou illégal suivant qu'il respecte ou non les dispositions posées par la loi; il semble donc que le recours pour excès de pouvoir pose en ces cas une question de légalité abstraite, sans rapport avec la situation réglée par le texte critiqué. Nous ne le contestons pas; en ces cas, comme d'ailleurs en bien d'autres, la situation examinée par le juge de l'excès de pouvoir n'est pas celle du demandeur, mais celle du défendeur (cf. *infra*).

c) La jurisprudence relative à la voie de fait confirme l'analyse suivant laquelle le juge examine d'abord et principalement la situation individuelle du requérant pour savoir si, étant donnée cette situation, l'acte critiqué est légal (59).

La saisie d'un journal, l'exécution forcée d'une réquisition, une atteinte portée à la liberté individuelle constituent en principe des actes administratifs, qui peuvent d'ailleurs être légaux ou illégaux et donner lieu ou non à une responsabilité à la charge de l'administration. Mais on sait que, parfois, les conséquences de ces actes sont appréciées par les tribunaux judiciaires, quand ils ont constitué une voie de fait. Bien évidemment, la question de savoir s'il y a voie de fait ne tient pas à l'acte lui-même (60) ; elle tient uniquement à la situation à propos de laquelle il est intervenu (urgence ? circonstances exceptionnelles ?). On voit dès lors, par cet exemple « à la limite », que la situation est prise en consi-

(59) Rappelons que, pour la théorie classique, le juge de l'excès de pouvoir apprécie la légalité de l'acte en elle-même et n'examine les circonstances de fait que si le besoin s'en fait sentir et de façon exceptionnelle.

(60) Par exemple, comparer Action française, T.C., 8 avril 1935, R. 1226, et Office publicitaire de France, T.C., 19 mai 1954, R. 703.

dération avant la nature de l'acte (61) pour déterminer la compétence; rien d'étonnant donc à ce qu'il en aille de même pour apprécier la légalité d'un acte administratif.

2. — *La situation du défendeur.*

En conséquence naturelle du fait que le recours pour excès de pouvoir réalise en réalité un véritable litige entre parties, et sans qu'il soit possible d'effectuer ici un partage plus précis que pour d'autres types de procès, le juge qui en est saisi s'attache parfois à la situation du défendeur plus qu'à celle du demandeur. Lorsque la situation du demandeur n'est pas prise en considération, l'action en excès de pouvoir continue donc de conduire le juge à l'appréciation d'une situation, celle du défendeur.

La chose apparaît particulièrement nette en ce qui concerne les « circonstances atténuantes » ou les « circonstances aggravantes » dont l'existence est de nature à infléchir la décision du juge dans un sens ou dans l'autre. L'existence de telles circonstances est parfois de nature à transformer un rapport de compatibilité en rapport de conformité, ou l'inverse, comme elles peuvent, en droit pénal, transformer une peine correctionnelle en peine criminelle, ou l'inverse.

a) Les « circonstances atténuantes » de l'administration. Il s'agit d'une théorie plus généralement connue sous le nom de « théorie des circonstances exceptionnelles » (62). On sait en effet que, en dehors des cas où la loi elle-même a prévu et organisé la conduite à tenir en de telles circonstances (63), le juge de l'excès de pouvoir admet couramment que la légalité des actes juridiques de l'administration dépend largement de la situation de fait qui a appelé ou déterminé leur édiction. L'existence des circonstances exceptionnelles joue très exactement le même rôle que les circonstances atténuantes en droit pénal. De même que ces dernières sont de nature à transformer une peine criminelle en peine correctionnelle, de même les premières ont pour effet de remplacer un rapoprt de conformité par un rapport de compatibilité, et un rapport de compatibilité par un rapport d'une autre nature. Sur le plan du respect de la compétence, des formes et des formalités, on l'a dit, l'acte administratif doit être, par rapport à la règle de droit,

(61) Même en cas de voie de fait, l'acte reste en principe administratif, puisque l'Etat peut être condamné à des dommages-intérêts et qu'il peut y avoir voie de fait sans faute personnelle.

(62) Cf. MATHIOT, « Les circonstances exceptionnelles », *Mélanges Mestre*, p. 412.

(63) Loi du 9 août 1849 modifiée sur l'état de siège; loi du 3 avril 1955 modifiée sur l'état d'urgence.

en rapport de conformité. Or la jurisprudence admet, au cas de circonstances exceptionnelles, que ce rapport devienne un simple rapport de compatibilité; les arrêts sur ce point sont nombreux et souvent cités (64).

Sur le plan du fond même des actes pris par l'autorité administrative, l'existence de circonstanes exceptionnelles justifie des mesures qui seraient normalement incompatibles avec la légalité : suppression totale des libertés individuelles, suspension de l'applications des lois, refus d'exécution des jugements, etc. Certes, le juge de l'excès de pouvoir contrôle, et de très près, leur degré de réalisation matérielle et l'adéquation de la mesure prise à la situation à régler. Mais il apparaît que la question au premier plan est une question de pur fait : étant donnée la situation où était le défendeur, a-t-il eu raison d'agir comme il l'a fait ? Il ne s'agit plus d'un rapport, même de compatibilité, avec les règles légales, mais d'un rapport entre la situation du défendeur (circonstances exceptionnelles) et cele du demandeur (affectée de façon particulièrement grave).

b) Les « circonstances aggravantes » de l'administration. Il s'agit ici de la jurisprudence relative au détournement de pouvoir. On sait en effet qu'un acte administratif qui, en lui-même, répond parfaitement aux normes de conformité et de compatibilité qui lui étaient imposées peut être annulé par le juge de l'excès de pouvoir si celui-ci relève un détournement de pouvoir commis par l'administration. Peu nous importe ici que le détournement de pouvoir soit déduit d'un ensemble de circonstances objectives ou apprécié d'après l'analyse subjective des motifs qui ont guidé l'administrateur; c'est là une simple question de preuve. Peu nous importent les causes (65) et les limites (66) de son déclin. L'essentiel est pour nous qu' « il demeure toujours du devoir du juge de rechercher quel est le but en vertu duquel un certain pouvoir est donné à l'administration, même si le législateur a omis de le préciser » (67). Dès lors en effet, il faut admettre que le juge de l'excès de pouvoir

(64) Ainsi, par exemple, en matière de compétence, la jurisprudence n'exige pas, en cas de circonstances exceptionnelles, que l'acte soit édicté par le fonctionaire compétent (rapport de conformité) ; elle admet l'édiction par un fonctionaire incompétent ou même un fonctionnaire de fait (rapport de compatibilité : l'acte fait est-il compatible avec la loi ?).

(65) Cf. Vénézia, *Le pouvoir discrétionnaire*, thèse Paris, 1956 (dactylographiée), p. 51.

(66) Cf. Fournier et Braibant, « Chronique de jurisprudence », A.J. 1955-2 *bis*-18, A.J. 1957-2-89.

(67) Léonard, conclusions sous Tabouret et Laroche, 9 juillet 1943, G.P. 1943-2-65, spécialement p. 66, colonne 1.

ne juge pas l'acte en lui-même mais bien la façon dont le défendeur a agi.

c) Peut-on généraliser l'analyse et admettre que, dans tous les cas, la situation de l'administration est examinée et appréciée par le juge de l'excès de pouvoir ? Il le semble.

Dans l'hypothèse où la question porte sur la conformité d'un acte avec certaines normes de forme (compétence, respect de formes) ou de fond (la décision critiquée est-elle bien la concrétisation d'une règle supérieure ?), il est en effet possible de présenter la mission du juge comme consistant à apprécier la situation du défendeur : ce dernier a-t-il signé l'acte comme il en avait le devoir ? A-t-il fait intervenir son organe compétent dans les formes prévues ? A-t-il, en édictant l'acte, respecté la norme de fond qui devait guider son activité ?

Certes, cette analyse, pour n'être pas inexacte, est un peu artificielle. Mais elle nous paraît utile car elle permet de ne pas introduire de « cassure » à l'intérieur du recours pour excès de pouvoir en indiquant que, même lorsqu'il s'agit de rapports de conformité, le juge porte son attention sur la situation de l'une des parties : ici le demandeur.

CHAPITRE II

TOUTES LES SITUATIONS INDIVIDUELLES NE PEUVENT PAS ETRE PROTEGEES PAR LE MOYEN DU RECOURS EN EXCES DE POUVOIR

Ce chapitre sera bref, d'une part car la substance en est abondamment traitée dans les manuels ou dans des articles bien connus, d'autre part, parce que les problèmes posés sont abordés en d'autres parties de notre étude.

Il s'agit en effet de présenter la jurisprudence qui constitue la limite de la règle que nous avons exposée au chapitre premier. Le problème est le suivant : si notre raisonnement est juste, la vocation de l'action en excès de pouvoir est de servir à la protection de situations individuelles; dès lors, il faut expliquer que certaines de ces situations ne puissent être protégées par le moyen du recours pour excès de pouvoir, examiner la portée et dégager la signification de ces exceptions au regard de la thèse que nous soutenons.

Suivant une distinction classique, la jurisprudence relative aux contrats (1) contredit notre thèse de deux manières alternatives :

(1) Pour simplifier la démonstration, nous raisonnerons principalement sur le cas du contentieux contractuel; mais les résultats acquis pourront aisément être transposés à d'autres types de litige.

Ou bien le recours pour excès de pouvoir est irrecevable;

Ou bien le recours pour excès de pouvoir doit rester « extérieur » à la situation défendue.

Section I

LE RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR EST IRRECEVABLE CONTRE UN CONTRAT

Nous l'avons déjà mentionné en étudiant le problème des conclusions et celui des actes attaquables par la voie de l'excès de pouvoir. S'il faut cependant le rappeler ici, c'est pour mesurer la portée et la signification de cette jurisprudence.

A. — Portée de la jurisprudence.

On sait que le recours pour excès de pouvoir est impossible, non seulement contre les contrats administratifs mais encore contre leur résiliation, ou le refus de résiliation et, plus généralement, tous les actes d'exécution des contrats (2). De tels litiges doivent être soumis au juge du contrat, qui les règle avec les pouvoirs de pleine juridiction dont il dispose (3).

Mais avant de dégager la signification de cette jurisprudence, il faut signaler que le Conseil d'État tend à en restreindre la portée en admettant que le demandeur puisse attaquer, non le contrat lui-même mais les actes administratifs qui ont concouru à sa formation et qui en sont détachables, au moins intellectuellement. Ainsi, les tiers, et les contractants eux-mêmes (4), peuvent-ils critiquer la légalité des actes d'autorisation (5) ou d'approbation (6) du contrat, l'acte par lequel une autorité tutrice agissant par voie de substitution passe un contrat pour le compte d'une collectivité locale (7), voire même l'acte de passation, très abstraitement distingué du contrat lui-même (8).

---

(2) S.A. des Grands Travaux de Marseille, 6 mai 1955, A.J. 1955-2-327, conclusions Chardeau.

(3) Debeyre, « Le recours pour excès de pouvoir et le contrat », R.D.P. 1938, p. 215; Gonidec, « Contrat et recours pour excès de pouvoir », R.D.P. 1950, p. 58; de Laubadère, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, T. III, p. 320.

(4) Ville de Saverne, 4 février 1955, R. 73; *contra :* Syndicat de la raffinerie de soufre française, 26 novembre 1954, R.P.D.A. 1955, p. 7, conclusions Mosset.

(5) Martin, 4 août 1905, S. 1906-3-49, note Hauriou; Lods, 4 février 1955, D. 1955-616, note Auby.

(6) Petit, 29 décembre 1905, S. 1906-3-49.

(7) Commune de Gorre, 11 décembre 1903; commune de Villers-sur-Mer, 27 avril 1904; commune de Messé, 29 avril 1904; S. 1906-3-49, note Hauriou.

(8) Commune d'Ousse-Suzan, 8 avril 1911, S. 1913-3-49, note Hauriou; Chambre de commerce de Tamatave, 9 novembre 1934, R. 1034; département de la Creuse, 7 février 1936, R. 171.

Cette répugnance du juge de l'excès de pouvoir à fermer la porte de son prétoire devait être marquée; elle aide en effet à déterminer la signification de sa jurisprudence.

B. — Signification de la jurisprudence.

On pourrait donner une première interprétation : le recours pour excès de pouvoir est irrecevable contre les contrats parce qu'il s'agit d'actes bilatéraux et que l'action en excès de pouvoir ne peut permettre de critiquer que les actes unilatéraux édictés par l'administration. Nous n'adopterons pas ce point de vue, qui n'explique rien du tout car il suppose au départ que le recours pour excès de pouvoir est un procès fait à un acte; or, nous avons montré qu'il n'en était rien (9).

A notre avis, il faut au contraire admettre que si notre thèse était juste, il serait possible de soumettre le contentieux contractuel au juge de l'excès de pouvoir; et tirer la conséquence de la jurisprudence précitée : ou nous avons tort, ou le Conseil d'Etat est dans l'erreur... Mais il est possible de trouver « la troisième solution » qui permet d'échapper aux deux branches de l'alternative dont nous n'avons exposé les termes que pour bien montrer que le problème ne nous échappait point.

Nous ne croyons pas avoir tort en effet, car notre propos n'est pas de soutenir que le recours pour excès de pouvoir réalise actuellement le type le plus achevé de recours subjectif. Nous essayons seulement de montrer que l'action en excès de pouvoir est devenue, à la suite de l'évolution législative et jurisprudentielle, une action en justice qui a la même nature que toute autre, que la distinction des contentieux objectifs et subjectifs n'est pas fondée parce qu'il n'existe qu'une façon de faire un procès. L'intérêt de notre démonstration est dès lors accru du fait qu'elle rencontre une limite, car l'existence de cette limite permet d'en définir l'enjeu. Si en effet une étude d'ordre strictement procédural révèle que le recours pour excès de pouvoir et le recours de plein contentieux sont de même nature, c'est toute la distinction objectif-subjectif qui devient périmée et, notamment, les notions de juge du contrat et d'action contractuelle qui perdent leur spécifité. Que ces notions gardent aujourd'hui leur autonomie n'est donc absolument pas décourageant, bien au contraire; cela montre seulement le chemin que devra parcourir le Conseil d'Etat s'il adopte la position dont nous suggérons en cette étude qu'elle serait rationnellement justifiée.

Pour sa part, la Haute Juridiction ne peut être considérée comme étant dans l'erreur. Le principe de la distinction des contentieux

(9) Cf. *supra*, p. 84.

est trop solidement établi en doctrine, en jurisprudence et dans l'esprit des plaideurs, pour que la suppression puisse être totale du jour au lendemain. On peut seulement voir dans la bienveillance du Conseil d'Etat en matières d'actes détachables (10) une manifestation de son désir de réduire autant que faire se peut la portée concrète de la distinction des contentieux (11).

L'alternative dont nous posions les termes ne prend donc l'aspect d'un dilemne que dans une perspective statique; elle devient un simple choix à réaliser si l'on adopte une perspective dynamique, évolutive. Quant à nous, il nous semble que le Conseil d'Etat s'acheminera peu à peu vers une disparition de l'autonomie du recours pour excès de pouvoir, disparition qui, répétons-le, est pratiquement réalisée en ce qui concerne le recours lui-même, le point de vue procédural. Le chemin à parcourir est donc extérieur au recours lui-même et concerne ses cas d'application plus que son mécanisme.

Section II

LE RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR NE PEUT ÊTRE FONDÉ SUR LA VIOLATION D'UN CONTRAT

En principe, le demandeur ne peut soutenir à l'appui de son recours que l'acte critiqué est illégal parce qu'il méconnaît les dispositions d'un contrat antérieur.

A. — La portée du principe.

Elle est en fait limitée par plusieurs jurisprudences qu'il suffit de mentionner.

Tout d'abord, les usagers d'un service concédé peuvent être admis à utiliser le recours pour excès de pouvoir pour faire respecter les clauses réglementaires insérées dans le contrat à leur profit, en attaquant la décision de l'autorité concédante refusant de mettre le concessionnaire en demeure d'assurer un service conforme au cahier des charges (12). Mais, comme le fait remarquer M. Gonidec (13), en ce cas le contrat lui-même n'est pas en

(10) Cf., notamment, Colliard, « La notion d'acte détachable et son rôle dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », *Mélanges Mestre*, 1956, p. 115.

(11) Cf., notamment, l'évolution de jurisprudence manifestée par la décision Ville de Savernes, revenant sur l'arrêt Syndicat de la raffinerie de soufre française, précités.

(12) Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli, 21 décembre 1906, S. 1907-3-33, note Hauriou.

(13) *Op. cit.*

cause car la clause réglementaire, véritable règle de droit, en est détachée idéalement pour être confrontée avec l'acte incriminé.

En second lieu, le juge de l'excès de pouvoir se prononce sur la validité du contrat dans tous les cas où cette opération lui paraît nécessaire pour apprécier la légalité d'un acte détachable, recherchant par exemple si le contrat institue un monopole illégal (14) ou procure des avantages indus au cocontractant de l'administration (15).

Enfin le juge de l'excès de pouvoir peut toujours annuler pour illégalité un acte qui viole à la fois la légalité et des droits du cocontractant. Mais, lorsque l'annulation est prononcée pour détournement de pouvoir, c'est à raison de l'existence d'un contrat antérieur, et parce que l'acte critiqué avait pour but d'en tourner les dispositions, que le juge de l'excès de pouvoir annule l'acte (16). Il semble donc bien que, en ce cas encore, la frontière soit perméable entre le recours pour excès de pouvoir et le contrat.

B. — Signification du principe.

Nous y reviendrons en étudiant les fondements du droit créé par le succès du recours pour excès de pouvoir, c'est-à-dire les moyens de la demande, il faut marquer ici que le principe ne contredit pas notre thèse autant qu'il pourrait y paraître.

Le fondement qu'on s'accorde généralement à lui attribuer est que, les droits subjectifs issus d'un contrat ne constituent pas un élément de la légalité objective, le juge de l'excès de pouvoir ne peut en connaître (17). Mais cette argumentation, d'une part ne nous semble pas convaincante, d'autre part ne contredit pas notre thèse.

Le fondement attribué au principe n'est pas satisfaisant parce qu'il est très artificiel. La notion de droits acquis a en effet fait son entrée dans le prétoire du juge de l'excès de pouvoir. Certes, le problème est complexe et la matière demanderait à elle seule de longs développements qui sortiraient du cadre de cette étude, consacrée à la procédure plus qu'au fond du droit. Mais il est certain que la jurisprudence tient compte des droits acquis par les tiers ou par le demandeur lorsqu'elle doit déterminer la portée qu'il convient d'attribuer à une décision d'annulation ou qu'elle annule le retrait d'un acte qui avait créé des droits. Il n'est donc

---

(14) Chambre de commerce de Tamatave, précité.

(15) Syndicat de la raffinerie de soufre française, précité.

(16) Société industrielle du gaz et de l'électricité, 5 janvier 1924, R. 17; demoiselle Pasteau, 8 décembre 1948, R.D.P. 1949, p. 49, note Waline.

(17) Cf., notamment, de Laubadère, *op. cit.*

pas douteux que l'exercice d'un recours pour excès de pouvoir puisse amener la discussion sur des droits subjectifs préexistants. Dès lors, le principe suivant lequel le juge de l'excès de pouvoir ne peut connaître des droits acquis de son contrat par un contractant ne saurait être valablement fondé sur les bases rappelées plus haut.

Aussi bien, qu'il soit fondé ou non, ce principe ne contredit pas directement notre thèse car il lui est extérieur. Rappelons en effet qu'il faut distinguer les droits antérieurs à l'action et ceux qui naissent de l'acte de volonté par lequel le plaideur saisit le juge de sa prétention (18). Le but du recours pour excès de pouvoir est essentiellement de faire valoir les seconds; qu'il ne puisse toujours venir en aide aux premiers nous importe donc assez peu.

Certes, si notre thèse est juste et traduit l'évolution de la jurisprudence, le Conseil d'Etat admettra à plus ou moins long terme qu'il est curieux d'employer deux techniques procédurales différentes pour sanctionner le droit octroyé unilatéralement par l'administration et celui que le cocontractant n'a obtenu qu'en échange d'une contre-prestation, et il unifiera, ou demandera au législateur d'unifier, la procédure suivie devant lui. Mais on ne peut, croyons-nous, tirer parti du fait que cette unification n'est pas réalisée puisque nous cherchons précisément à montrer qu'elle devait l'être et que rien ne s'y oppose au plan des principes.

CONCLUSION DU TITRE PREMIER

La situation individuelle du demandeur définissait déjà la qualité de ce dernier pour agir (19). On espère avoir montré dans ce titre que cette situation définit également la matière du litige soumis au juge et, par là, l'objet du droit créé par le succès de l'action. ,

Mais il ne s'en suit pas que l'on puisse toujours tirer argument à l'encontre d'un acte administratif des éléments de la situation qu'il vient à froisser. Les moyens du recours pour excès de pouvoir doivent respecter des règles plus nuancées et plus délicates; c'est à leur étude qu'il faut consacrer le titre suivant.

---

(18) Cf. *supra*, p. 239.

(19) *Cf. supra*, « La qualité du demandeur ». *Adde :* GULDNER, conclusions sous Association nationale des usagers d'embranchements particuliers, 14 novembre 1957, R. 598 : « Pour apprécier l'intérêt que peut avoir un requérant à attaquer une décision, il faut se demander si, pratiquement, elle lui a fait grief et non pas si légalement et en théorie elle pouvait et devait lui faire grief. La question de savoir s'il y eut un intérêt froissé est une pure question de fait. »

TITRE II

LES MOYENS DE LA DEMANDE

Les moyens sont les arguments juridiques invoqués par les parties à l'appui de leurs prétentions. Leur analyse théorique ne présente en principe pas de difficulté particulière, ni au point de vue de leur fond — ils peuvent concerner le droit applicable ou les faits de la cause — ni au point de vue des règles de procédure qui leur sont applicables. Et le seul problème réel qu'ils posent au praticien est celui de leur pertinence, de leur adéquation à la demande telle qu'elle résulte des conclusions.

Dans le contentieux de l'excès de pouvoir, la question se présente pourtant de manière plus complexe, pour deux raisons.

Une raison générale d'abord : la doctrine a longtemps négligé le problème et s'est contentée d'exposer en détail le mécanisme des ouvertures du recours pour excès de pouvoir. Certes, moyens et ouvertures entretiennent d'étroits rapports; mais les deux notions sont cependant bien distinctes car la première est d'ordre procédural tandis que la seconde concerne le fond même du droit. Une jurisprudence récente, relative aux moyens reposant sur une cause juridique distincte, l'a rappelé avec éclat.

Une raison spéciale à notre sujet s'ajoute à ce premier élément de complexité : cherchant à démontrer que l'action en excès de pouvoir fait valoir un droit, nous abordons avec l'étude des moyens le problème délicat du fondement du droit en question.

L'étude des moyens pourrait donc se poursuivre sur le double plan des règles de procédure et des règles de fond. Mais cette

distinction ne nous retiendra pas, du moins à titre principal, car, subordonné à notre sujet et peu désireux de reprendre en détail des questions déjà abondamment exposées, nous n'entendons traiter des règles de fond que pour extraire l'essentiel et des règles de procédure que pour montrer comment elles viennent à l'appui de notre thèse.

Dès lors, le plan de l'étude s'impose de lui-même. Suivant la distinction proposée par M. Gazier (1) et maintes fois reprise par la doctrine et la jurisprudence, il convient en effet d'étudier séparément les moyens de fond — qui concernent la légalité interne de l'acte critiqué — et les moyens de forme — qui concernent sa légalité externe — car leur nature et les problèmes qu'ils posent sont assez différents.

(1) « Essai de présentation nouvelle des ouvertures du recours pour excès de pouvoir en 1950 », E.D. 1951, p. 77.

CHAPITRE PREMIER

LES MOYENS DE FOND

(relatifs à une illégalité interne)

Le problème étant celui de savoir si et dans quelle mesure l'étude des arguments concernant le fond de l'acte attaqué permet de conclure au caractère subjectif du recours pour excès de pouvoir, il faut distinguer deux questions bien différentes.

Dans le cadre très général d'un litige contentieux ouvert par le requérant à l'effet de protéger sa situation individuelle en tant qu'elle est affectée par l'acte attaqué, le rôle des moyens est d'appuyer (demandeur) ou de combattre (défendeur) cette prétention. En conséquence, une première série de questions se pose, relative à *l'existence des moyens* dans un procès donné : ont-ils été invoqués de façon utile ? Sont-ils appropriés à l'objet de la demande ? C'est le problème de leur pertinence. Il faut en outre déterminer quelle est l'attitude du juge face à la maladresse d'un plaideur qui omettrait de présenter un argument de nature à justifier sa prétention.

Mais une deuxième série de questions se pose, qui concerne *l'essence de la notion de moyens*. On a vu en effet (1) que le droit auquel prétend le demandeur a pour objet le maintien de sa situation individuelle; ce droit n'existe bien évidemment que dans la mesure où cette situation est juridiquement protégée. Dès lors,

(1) *Supra*, titre I[er].

il faut déterminer quelles sont les situations que le juge de l'excès de pouvoir considère comme juridiquement protégées et, notamment, exposer la question des rapports du recours pour excès de pouvoir avec les droits subjectifs antérieurement acquis par les parties.

Il apparaît donc que les éléments objectifs et subjectifs se mêlent assez étroitement au point de vue du fond de l'argumentation soumise au juge. Il n'y a rien là d'étonnant; nous trouverons chemin faisant de nouveaux signes du caractère subjectif du recours pour excès de pouvoir, mais il reste que ce caractère ne résulte pas, ne peut résulter exclusivement des moyens invocables; il ne peut s'induire que de l'étude d'ensemble des règles applicables au recours.

Section I

L'EXISTENCE DES MOYENS

S'agissant pour elles de prouver que leur situation était juridiquement protégée ou que leur acte est régulièrement intervenu, les parties ont pleine liberté pour « choisir leur terrain » et présenter l'argumentation qu'elles estiment la mieux susceptible de convaincre le juge. Mais, si ce dernier se contente en principe d'apprécier le bien-fondé des moyens soulevés devant lui, il lui arrive parfois d'aller plus loin et de tenir compte dans sa décision d'arguments que les parties n'avaient pas songé à développer.

Il apparaît donc que l'existence des moyens n'est pas exclusivement déterminée par l'initiative des plaideurs mais se trouve en partie dépendre de la situation telle qu'elle est soumise à l'appréciation du juge de l'excès de pouvoir, ce dernier ne s'estimant pas lié par les termes du raisonnement qui lui est proposé et se réservant d'en déborder le cadre si besoin est.

§ 1. — Les parties sont libres de choisir les moyens qu'elles entendent invoquer.

Cette proposition est vraie pour le demandeur comme pour le défendeur. Mais il est bien évident que, dans la plupart des cas, le problème ne se pose qu'à l'égard du demandeur; son adversaire se borne en effet le plus souvent à contester la valeur et la portée des arguments invoqués et il est relativement rare que l'administration porte le débat sur un terrain différent de celui choisi par le requérant. C'est donc surtout par rapport à ce dernier qu'il convient de raisonner.

Cela dit, le principe du libre choix des moyens par les parties ne signifie pas qu'elles peuvent tirer parti de tout et aller chercher leurs arguments dans « l'inconstance du monde et sa vicissitude... Quand je vois le soleil et quand je vois la lune ». Bien au contraire. Il signifie que les parties sont libres de choisir et de combiner leurs arguments, mais dans le cadre du litige tel qu'il a été fixé par les conclusions, et à condition qu'ils servent à prouver la protection juridique dont prétend bénéficier le demandeur.

A. — Les moyens doivent être appropriés aux conclusions.

Le fondement de ce principe n'a certes pas besoin d'être justifié. Le principe lui-même devait être rappelé car la lecture des recueils d'arrêts révèle que, de façon plus fréquente que les tribunaux judiciaires, le juge de l'excès de pouvoir se trouve amené à le faire connaître aux plaideurs Ceux-ci sont d'ailleurs bien excusables de l'ignorer parfois puisque la doctrine classique laissait entendre que, le recours pour excès de pouvoir étant un procès fait à un acte et un acte étant légal ou illégal, tous les moyens étaient bons pour critiquer l'acte que l'on était autorisé à déférer à la censure du Conseil d'Etat. Il apparaît pourtant qu'une double limite existe : la première tient à la notion même de recours pour excès de pouvoir et se révèle identique pour tous; la seconde dépend au contraire des conclusions déposées par les requérants à l'occasion d'un litige déterminé.

1. — *Les moyens doivent être de nature à entraîner une annulation.*

Une première conséquence découle de cette règle : les moyens doivent être précis, quoique l'article 45 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 prévoie seulement un « exposé sommaire ». Le Conseil d'Etat ne considère pas comme un moyen le fait d'indiquer le texte législatif que l'on prétend violé (2), ni celui d'invoquer sans autre précision « la violation de la loi et le détournement de pouvoir » (3) ; *a fortiori* élimine-t-il les requêtes qui ne s'appuient sur aucun moyen (4) et celles qui se réfèrent aux moyens exposés dans un autre pourvoi (5). Cette première exigence manifeste bien que le juge de l'excès de pouvoir entend borner son rôle à apprécier le bien-fondé du raisonnement que lui soumettent les parties à

(2) Vve Doury-Brabant, 6 mai 1936, R. 507, et jurisprudence constante.

(3) Association Front national, 14 octobre 1955, Somm., p. 771 ; jurisprudence constante.

(4) Vasnier, 1er juin 1953, R. 254.

(5) Comité de défense des propriétaires du quartier de la Marine, 19 juillet 1939, R. 480; du Garreau de la Méchenie, 1er décembre 1950, R. 593; Bolleret, 14 mars 1955, R. 153; Morin, 4 janvier 1956, R. 2.

l'appui de leur prétention; il faut donc lui exposer pourquoi et en quoi la situation était légalement protégée, l'acte intervenu illégal.

C'est dire qu'une seconde conséquence découle du principe : les moyens doivent être des arguments de droit et pas seulement de fait. Le Conseil d'Etat rejette ainsi les recours qui ne comportent aucun moyen de droit (6), ou une requête qui tiendrait uniquement à faire trancher la question de fait du lieu d'une maladie avec le service (7). L'annulation d'une décision administrative ne peut en effet résulter que d'un motif de droit démontrant l'illégalité de l'acte critiqué. Certes, le juge de l'excès de pouvoir examine de près les situations de fait (8), et va parfois jusqu'à se pencher sur le « climat » de l'affaire (9) ; mais son rôle est de dire si cette situation était ou non juridiquement protégée. Dès lors, les moyens proprement dits ne peuvent être que des arguments de droit, discutant l'existence et la portée de cette protection. Il n'y a rien là d'étonnant.

Il faut enfin que les moyens soulevés soient, par leur nature, susceptibles d'être discutés devant le juge de l'excès de pouvoir. Sans reprendre ici le problème de la distinction des contentieux de l'excès de pouvoir et de la pleine juridiction, il faut constater qu'un certain nombre de recours pour excès de pouvoir sont rejetés parce qu'ils comprennent des moyens dont peut seul connaître le juge de plein contentieux (10). C'est notamment par cette règle qu'il faut expliquer un arrêt Caboz (11) dont l'un des considérants rejette le recours pour excès de pouvoir parce que « la séparation du fait et du droit ne permet pas d'examiner séparément les questions de légalité ». M. Waline en déduit que l'action en excès de pouvoir est purement objective (12), mais son interprétation nous paraît inexacte. Il ressort en effet de l'arrêt que le problème posé était un problème de responsabilité. Dès lors, il est normal que le recours ait été rejeté et l'on ne saurait déduire des termes de la décision l'existence d'une règle suivant laquelle le recours pour excès de pouvoir serait irrecevable lorsque des questions de fait sont posées à titre principal (13).

---

(6) Moulin, 25 novembre 1921, R. 980.

(7) Ainaut, 21 novembre 1918, R. 1072.

(8) Cf. *supra*, p. 260.

(9) Cf., par exemple, Gazier, conclusions sous Declaux, 25 octobre 1957, S. 1957-441 (2e col., § 1).

(10) Jules, 19 juillet 1918, R. 744; Peltier, 17 mars 1954, R. 165, etc.

(11) Caboz, 5 juillet 1944, R. 193. *Adde :* Mero, 12 février 1947, R. 62; Cérigny, 29 avril 1953, J.C.P. 1953-1-1113.

(12) N° 869, p. 467.

(13) L'arrêt Peltier, précité, confirme d'ailleurs explicitement notre point de vue.

2. — *Les moyens doivent être de nature à entraîner l'annulation de la décision attaquée.*

Ce principe signifie évidemment que les moyens doivent être pertinents. Mais une telle formule n'apprend rien et doit être précisée. Le juge de l'excès de pouvoir ne considère en effet comme recevables, et n'accepte de prendre en considération, que les arguments de nature à démontrer que la situation des parties était juridiquement protégée. En d'autres termes, il refuse d'annuler un acte illégal s'il lui apparaît que, étant donnée sa situation, le demandeur n'était pas à même de revendiquer la protection de la loi qui a été violée. On admettra que ce trait suffirait à lui seul pour admettre que le recours pour excès de pouvoir est tout autre chose qu'un litige objectif, un procès fait à un acte.

Suivant une règle mise en relief par M. Long, « la recevabilité des conclusions commande celle des moyens » (14). Une première série de conséquences en découlent : la recevabilité des moyens est subordonnée à la qualité invoquée par le requérant dans ses conclusions et tous les intéressés ne peuvent pas invoquer les mêmes moyens. Nous ne revenons pas sur ce point, fort important mais qui a déjà été souligné à l'appui de la proposition suivant laquelle le recours pour excès de pouvoir sert à la défense d'une situation individuelle (15). Il faut en revanche insister sur une deuxième série de conséquences : la recevabilité des moyens est déterminée par l'objet du droit dont le demandeur demande au juge de reconnaître l'existence.

Il est en effet des cas où le requéranat aurait pu se prévaloir avec succès d'une illégalité viciant un acte de l'administration et où, pour avoir mal orienté le débat, il ne peut obtenir l'annulation, son moyen se révélant inopérant. Cette hypothèse se présente généralement dans le cadre « des opérations à procédure » ou des opérations « successives ». C'est ainsi par exemple qu'un arrêt Chouffot (16) a décidé, un peu sévèrement, semble-t-il (17), que l'illégalité affectant un concours (question manifestement hors programme) aurait pu fonder l'annulation des opérations du concours mais ne pouvait permettre l'annulation du refus opposé par le ministre à une demande d'admission dans la limite des places encore dispo-

---

(14) Conclusions sous Charles, 1er juillet 1955, A.J. 1955-2-302, spécialement p. 303, colonne 1.

(15) Cf. *supra*, p. 257.

(16) Chouffot, 12 novembre 1954, R.P.D.A. 1955, p. 4 (conclusions Laurent).

(17) Le requérant, en effet, n'avait pas voulu attaquer l'ensemble des résultats pour ne pas nuire à ses camarades et demandait seulement à être intégré dans l'une des quatre places laissées vacantes par l'administration.

nibles, demande présentée par le candidat interrogé hors programme. C'est ainsi également qu'un requérant ne peut invoquer à l'encontre du refus de mainlevée un moyen tiré de l'illégalité de la réquisition (18), ou que le recours demandant l'abrogation d'un règlement à raison d'une modification des circonstances ne peut soulever le problème des illégalités entachant l'acte initial (19).

Ces exemples sont des applications de la jurisprudence Despujol (20) ; ils démontrent bien que la recevabilité des moyens est subordonnée à celle des conclusions et, plus exactement, que les moyens ne sont utilement soulevés que dans la mesure où ils servent à prouver que le droit revendiqué par le demandeur repose sur un fondement juridique.

Cette jurisprudence confirme que le recours pour excès de pouvoir est un litige subjectif et un procès entre parties car le demandeur y est non seulement libre de choisir l'objet du droit qu'il désire acquérir, mais encore prisonnier de ce choix. Il y a plus encore : dans le cadre du litige tel qu'il est fixé par les conclusions, les parties sont libres de choisir les arguments qu'elles entendent invoquer.

B. — Les moyens sont librement choisis par les parties.

En dehors de la limite imposée aux parties par les conclusions qu'elles ont choisi de déposer, les moyens sont librement choisis. On s'en convaincra en étudiant deux séries de règles, relatives au problème des moyens nouveaux et à celui de l'autorité des arrêts de rejet.

1. — *Le problème des moyens nouveaux.*

L'article 45 de la loi du 22 juillet 1889 sur la procédure à suivre devant le Conseil de préfecture, article toujours en vigueur (21), dispose : « Si les parties présentent... des moyens nouveaux, le Conseil ne peut les adopter sans ordonner un supplément d'instruction. » Il faut préciser la portée et la signification de cette règle avant d'en examiner rapidement les modalités d'application, en notant dès l'abord que ce texte n'effectue aucune distinction entre le recours pour excès de pouvoir et le recours de plein contentieux.

---

(18) Dame Gerbaud et Deyraud, 13 juillet 1955, R. 437; époux Morand, 14 novembre 1955, R. 541.

(19) Société Roger Grima, 12 février 1954, R. 97.

(20) Cf. *supra*, pp. 191 et 249.

(21) Hospices de Perpignan, 20 mars 1957, R. 190.

a) Portée et signification de la règle.

On sait que, depuis la décision Intercopie (22), maintes fois confirmée, le Conseil d'Etat a posé en principe que les moyens fondés sur une cause juridique distincte constituent une demande nouvelle et sont irrecevables tant en appel qu'après l'expiration du délai de recours contentieux. Nous reprendrons en détail cette jurisprudence (23) ; il suffit pour l'instant de marquer qu'elle constitue le prolongement naturel de la règle suivant laquelle les moyens doivent être appropriés aux conclusions : admettre que par le truchement de moyens reposant sur une cause nouvelle on puisse soumettre une demande nouvelle au juge de l'excès de pouvoir, c'est-à-dire modifier les conclusions, serait en effet violer ce principe. Mais, en dehors de cette limite très normale, les parties peuvent librement invoquer des moyens nouveaux, jusqu'à la clôture de l'instruction (24) et pour la première fois en appel. Le Conseil d'Etat l'a récemment rappelé, en termes malheureusement trop vagues (25).

On voit donc que, à condition de rester dans le cadre du litige, les parties sont libres jusqu'au jour de l'audience d'apporter à l'appui de leur prétention un nouvel argument ou une nouvelle preuve (26). C'est là une constatation qui manifeste à l'évidence que les moyens sont librement choisis par les parties et que le procès ouvert à la suite d'une action en excès de pouvoir doit s'examiner dans le cadre d'une perspective dynamique et constitue vraiment un débat contradictoire, où la discussion se déroule suivant les initiatives respectives du demandeur et du défendeur (27).

b) Les modalités d'application de la règle confirment d'ailleurs cette remarque. C'est en effet dans une très large mesure pour conserver à la procédure du recours pour excès de pouvoir son caractère contradictoire que la jurisprudence applique strictement la règle, imposant de recourir à un supplément d'instruction si l'un des plaideurs invoque un moyen encore inconnu de son adver-

---

(22) Société Intercopie, 20 février 1953, R. 88.

(23) Cf. *infra*, titre III.

(24) Sur cette notion, cf. observations Fournier et Braibant, A.J. 1956-2-94.

(25) Clément, 17 février 1956, R.P.D.A. 1956, n° 99; Egaze, 27 avril 1956, R. 172.

(26) Dame Vve Mercier, 4 mars 1927, R. 292; ministre du Budget, 16 juin 1933, R. 649. Ces arrêts ont été rendus au plein contentieux, mais il est possible de les invoquer ici, car ils montrent bien la façon dont peut se poser le problème; de surcroît, la question du moyen nouveau ne se pose pas en termes différents pour le juge de l'excès de pouvoir et pour celui du plein contentieux.

(27) Mais des moyens nouveaux ne peuvent être présentés que dans la mesure où le requérant a formulé des moyens écrits avant la clôture de l'instruction; Dujaucourt, 2 novembre 1957, R.P.D.A. 1957, n° 405.

saire (28). Sans entrer dans le détail (29), il faut indiquer que la loi et la jurisprudence (30) permettent d'écarter les moyens nouveaux, sans supplément d'instruction, si le tribunal saisi les estime mal fondés.

Cette jurisprudence ne doit pas être confondue avec celle par laquelle le juge de l'excès de pouvoir refuse de connaître des moyens présentés hors délai et reposant sur une cause juridique distincte. Elle en est l'antithèse; et il est précisément à souhaiter que la notion de cause acquière une précision suffisante pour que le partage se fasse nettement entre les moyens nouveaux « simples » que le juge de l'excès de pouvoir doit toujours accueillir, même si c'est pour les rejeter, et les moyens nouveaux, reposant sur une cause juridique distincte, qui ne sont pas examinés au fond.

2. — *L'autorité des arrêts de rejet par rapport au requérant.*

De très nombreux arrêts de rejet sont rédigés sur le schéma : Le requérant n'est pas fondé à demander, par les moyens qu'il invoque, l'annulation de l'acte attaqué (31). Est-ce à dire que le Conseil d'Etat laisse entendre qu'un recours ultérieur, intenté par le même demandeur mais fondé sur d'autres moyens, serait couronné de succès ? La question est controversée.

L'intérêt du problème est considérable. Si en effet le demandeur peut reprendre ultérieurement les mêmes conclusions, mais en les appuyant de nouveaux moyens, plus pertinents, c'est très évidemment que la chose jugée lors de l'arrêt ne portait que sur le point de droit qu'avait choisi de soulever le requérant. Si à l'inverse l'autorité de la chose jugée s'y oppose, c'est que le juge de l'excès de pouvoir s'est prononcé, lors de son premier arrêt, sur l'ensemble des problèmes posés par l'acte attaqué et qu'il a en quelque sorte délivré un « certificat de légalité » à la décision critiquée. La première hypothèse signifie que le demandeur est libre de choisir les moyens qu'il entend invoquer et que son erreur éventuelle se retournera contre lui; il n'en va pas autrement dans les litiges de droit privé. La seconde hypothèse consacre au contraire le fait que les parties n'ont au fond qu'un rôle minime, puisque le juge de l'excès de pouvoir se prononce de lui-même sur l'ensemble des questions posées par l'acte.

---

(28) Leurquin, T.A. Rennes, D. 1954-466.

(29) Cf., sur ces points : Heurté, « Conclusions nouvelles et moyens nouveaux à l'audience du tribunal administratif », A.J. 1957-1-37.

(30) Compagnie des Chemins de fer d'Orléans, 18 décembre 1896, R. 865; Hassou, 8 mars 1901, D.P. 1902-3-45.

(31) Cf., par exemple : Lapouge et Mandary, 5 janvier 1955, R. 5; Sin, 15 juin 1955, R. 319; secrétaire d'Etat au Budget, 16 juin 1955, R. 329.

Alors que la doctrine dominante n'accordait aux arrêts de rejet qu'une autorité limitée à la seule question posée au juge (32), M. Weil a soutenu le contraire dans sa thèse (33) : « Il y a donc plus que des présomptions pour penser que le Conseil d'Etat se saisit assez souvent de toute la question de légalité de l'acte. Il en résulte que l'arrêt de rejet signifie que l'acte est effectivement légal ». Il semble inutile de reprendre ici le détail de son argumentation, qui repose essentiellement sur l'interprétation d'une décision Etablissements français de l'Inde (343) et sur l'opinion que le Conseil d'Etat soulève d'office les moyens qui n'ont pas été invoqués par les parties (35).

Depuis 1952 en effet, la Haute Juridiction a précisé sa position sans ambiguïté. La loi du 6 août 1953 lui en a, notamment, donné l'occasion en rouvrant les délais de recours contentieux contre les décisions d'épuration administrative. Sa position est actuellement la suivante : après un premier arrêt de rejet, il est naturellement impossible de reprendre à l'encontre du même acte les mêmes moyens (36), ou même des moyens simplement nouveaux (37), mais il est possible d'invoquer des moyens reposant sur une cause juridique distincte (38) car le « rejet du recours ne signifie que l'acte est légal en soi mais qu'il l'est au regard et dans les limites de l'argumentation du recours » (39).

§ 2. — Le juge peut donner leur pleine portée aux moyens présentés par les parties.

Dans le cas en effet où les moyens définis par les mémoires sont mal présentés, insuffisants ou sans portée, le juge de l'excès de pouvoir se reconnaît la possibilité de les modifier ou de les suppléer.

1. — *Fondements et limites de cette jurisprudence.*

Le fondement de cette jurisprudence est double, procédural et matériel. D'une part, il se trouve dans le caractère inquisitorial de

(32) Jèze, « L'acte juridictionnel », R.D.P. 1909, p. 695 ; « De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel », R.D.P. 1913, p. 442 ; Waline, note sous Vally, 20 novembre 1942, D.C. 1944-29, et *Traité*, p. 471, n° 849 ; Laubadère, n° 718, p. 386.

(33) *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, thèse Paris, 1952, pp. 23 et suiv., spécialement p. 29.

(34) Etablissements français de l'Inde, 24 juillet 1942, R. 228.

(35) En réalité, il n'en est rien, et les moyens d'ordre public sont en nombre relativement restreint ; cf. *infra*, p. 290, et *infra*, titre III.

(36) Ottavioli, 22 juin 1955, R. 349.

(37) Abdouche, 27 février 1953, R. 108.

(38) Muller, 21 janvier 1955, R. 41.

(39) Fournier et Braibant, A.J. 1956-2-224.

la procédure administrative. Certes ce caractère inquisitoire concerne seulement l'instruction du litige. Mais le fait que le juge dirige et organise l'action des parties l'a conduit à aller un peu plus loin, et à donner leur pleine portée aux moyens qu'elles présentent. Dépassant ainsi la lettre des requêtes, il ne les modifie cependant pas puisqu'il s'attache à leur esprit. D'autre part, la jurisprudence relative à la rectification de moyens et à la substitution de motifs s'explique par le but même du recours pour excès de pouvoir : faire juger si une situation était ou non juridiquement protégée. La mission du juge est donc de rechercher si la situation affectée par l'acte était protégée.

Mais la liberté d'action du juge de l'excès de pouvoir est limitée. Nous avons vu en effet que, en rejetant une requête, il n'envisageait pas l'ensemble des problèmes posés par l'acte attaqué et se prononçait seulement sur les questions posées par les parties. La jurisprudence que nous allons exposer ne contredit pas cette règle; elle y est une exception, mais une exception qui la confirme, en ce que ce sont les mêmes principes qui commandent l'une et l'autre : si le juge de l'excès de pouvoir ne se prononce que sur les moyens issus de la cause juridique donnés par le plaideur à sa demande (ce qui autorise un procès ultérieur fondé sur une cause différente), il se prononce sur tous les moyens de cette nature, même s'ils n'ont pas été expressément invoqués par les parties. La limite des pouvoirs du juge réside donc dans la cause de la demande, telle que les plaideurs l'ont définie (40).

Dans ce cadre général, la liberté du juge de donner leur plein effet aux moyens des parties se manifeste par trois séries d'arrêts, d'inégale importance numérique et juridique.

2. — *Les moyens d'ordre public.*

La question est d'une grande importance. Il résulte de la jurisprudence que les moyens tirés de l'incompétence (41), du champ d'application de la loi (42), de l'amnistie (43) sont d'ordre public, alors qu'il n'en est pas ainsi de la chose jugée (44), du vice de forme et, semble-t-il, du détournement de pouvoir. Nous reprendrons ces différentes décisions plus loin, à propos de la théorie de la cause (45), car elles y apportent des éléments de définition fort

---

(40) Sur la notion de cause et le développement du point de vue soutenu au texte, cf. *infra*, titre III.

(41) Jurisprudence constante.

(42) Poiré, 9 janvier 1929, D. 1930-3-9.

(43) Chabert, 20 mai 1955, R. 270.

(44) Compagnie française des automobiles de place, 2 mars 1956, R. 103.

(45) Cf. *infra*, titre III.

importants. Il fallait seulement marquer ici que le juge de l'excès de pouvoir peut et doit toujours se prononcer sur un moyen d'ordre public, même lorsqu'il n'a pas été invoqué par les parties. Aussi bien, cette jurisprudence se retrouve chez les tribunaux judiciaires; c'est un principe général de la procédure.

3. — *La substitution de motifs ou de base légale.*

Le problème est ici plus original : lorsqu'un acte attaqué devant lui repose sur un motif juridique illégal, le juge de l'excès de pouvoir refuse parfois de l'anuler s'il lui apparaît qu'il aurait pu être légalement fondé sur un motif autre que celui invoqué par l'administration. Avant d'apprécier cette jurisprudence, il convient d'en préciser l'origine et la portée.

a) *Origine.*

Cette jurisprudence a été inaugurée par le Conseil d'Etat juge de cassation, qui la limitait très étroitement puisqu'il n'acceptait de l'appliquer, outre l'hypothèse d'un moyen d'ordre public (46), que dans la mesure où le juge du fait avait eu à en connaître. « Ainsi, le Conseil d'Etat ne se reconnaissait pas le droit de construire d'office un système juridique entièrement nouveau » (47).

Lorsqu'elle eut à connaître de la question comme juge de l'excès de pouvoir, la Haute Juridiction fit preuve d'une hardiesse supérieure puisque, dès son arrêt Ville de Sarreguemines (48), elle substitua un motif qui n'était pas d'ordre public et n'avait pas été aperçu par l'autorité administrative dont la décision était attaquée et qui intervenait « à la manière d'un juge » (49). Mais, dans cet arrêt comme dans toutes ses décisions Ville de Castelnaudary (50) et Augier (51), une importante limite existait : la substitution de motifs était uniquement fondée sur la compétence liée de l'administration : « Dans tous les cas où l'autorité administrative est libre de prendre ou non la décision attaquée... le juge de l'excès de pouvoir ne pourra pas substituer un autre motif, quel qu'il soit, car ce serait substituer son pouvoir d'appréciation au pouvoir de l'administration... Mais dans toutes ces hypothèses (de compétence liée), ce n'est pas le motif donné qui importe, c'est le sens de la

(46) Poiré, 9 janvier 1929, D. 1930-3-9, note P. L. J.

(47) P. L. J., note précitée.

(48) Ville de Sarreguemines, Section, 19 juin 1931, S. 1932-3-25, note Laroque.

(49) Laroque, note précitée. Dans le même sens : Josse, conclusions au D. 1934-3-31.

(50) Ville de Castelnaudary, Assemblée, 16 juin 1932, S. 1934-3-55 (note Font-Réaulx), et D. 1932-3-28 (conclusions Josse).

(51) Augier, 8 juin 1934, D. 1934-3-31, conclusions Josse.

décision, rejet ou admission... Peu importe le motif donné si la décision est en réalité justifiée (52).

Tout en continuant d'appliquer cette jurisprudence (53), le Conseil d'Etat est allé beaucoup plus loin et s'est reconnu le pouvoir d'effectuer une substitution de motifs en dehors du cas de compétence liée. C'est, semble-t-il, une décision Vally (54) qui marque ce tournant important : la Haute Juridiction y refusa l'indemnité demandée par le requérant sur la base d'un refus d'autorisation illégal en considérant que « le gouverneur général de Madagascar avait, en vertu des articles 4 à 8 du décret précité, la faculté de s'opposer à l'ouverture des établissements envisagés par le sieur Vally ». Depuis, cette jurisprudence a été étendue au contentieux de l'excès de pouvoir proprement dit, par une décision de section au moins (55).

b) *Portée de cette jurisprudence.*

Il faut bien préciser que cette jurisprudence est sans rapport avec celle qui passe outre les erreurs simplement matérielles dans les visas d'un acte administratif. De façon constante en effet (56), le Conseil d'Etat juge qu'une erreur de cette sorte n'affecte pas la légalité de la décision (57). Dans l'hypothèse qui nous occupe, l'administration s'est bel et bien trompée sur le fondement et les limites de ses pouvoirs. Son acte est cependant maintenu, à raison d'une substitution de motifs opérée par le juge; encore convient-il de préciser la signification de ce terme.

Dans ses conclusions sous l'arrêt Rozé (58), M. Mosset a proposé la distinction terminologique suivante : il faudrait parler de substitution de motifs lorsque la compétence de l'administration était liée, de substitution de base légale au cas contraire. Certes, la distinction peut sembler « ingénieuse et sans doute pratique » (59) ; pour notre part, nous ne pensons pas qu'elle présente d'autre intérêt que

---

(52) Josse, conclusions précitées.

(53) Nemours, 17 janvier 1945, R. 12; Société laitière provençale, 1re espèce, 26 mai 1950, R. 314; Société civile de Dervallières, 22 juin 1955, R. 352 (*a contrario*).

(54) Vally, Section, 20 novembre 1942, D.C. 1942-29, note Waline.

(55) De Salvert, 26 avril 1950, Somm., p. 713; Société sucrière de l'usine Sainte-Marthe, 22 mai 1953, Somm., p. 600; Lepage, 17 janvier 1955, Somm., p. 636; et surtout : Rozé, Section, 8 mars 1957, R. 147 (conclusions Mosset), A.J. 1957-2-182 (note Fournier et Braibant).

(56) Cf., par exemple : Ville d'Annœlin, 14 novembre 1956, A.J. 1957-2-32; Schutz, 17 mai 1957, R.D.P. 1957, p. 895, conclusions Heuman.

(57) Comparer la jurisprudence sur les errata au *Journal officiel :* Cass., 18 décembre 1933, S. 1934-1-257 (note Rousseau), R.D.P. 1934, p. 450 (note Jèze), D. 1934-1-17 (note Voirin) ; Société Ratié, 22 février 1955, R. 180.

(58) Précitées; spécialement p. 151.

(59) Fournier et Braibant, note précitée.

celui d'apporter une nuance de vocabulaire (fort heureuse d'ailleurs). Ces deux techniques en effet ne présentent pas entre elles de différences fondamentales : dans les deux cas, le juge de l'excès de pouvoir refuse d'annuler un acte administratif apparemment illégal en se fondant sur ce qu'un texte non invoqué par l'administration le rendait nécessaire ou légalement possible. Mais l'on ne peut opposer la substitution nécessaire à la substitution simplement possible parce que, en fait, aucune substitution n'est jamais nécessaire : le Conseil d'Etat peut en effet ne pas trouver le texte qui liait la compétence de l'administration et que cette dernière n'a elle-même pas trouvé (60). Même au cas de substitution théoriquement nécessaire, le juge jouit donc d'un véritable pouvoir discrétionnaire puisque rien ne l'oblige à chercher un texte dont, par définition, nul ne connaît encore l'existence.

Quoiqu'il en soit de ce point, la signification de la substitution est différente suivant l'hypothèse envisagée.

c) *Signification et portée de cette jurisprudence.*

S'il apparaît que la compétence de l'administration était liée, la substitution joue à la manière d'un moyen d'ordre public. Le fait pour un particulier de ne pas se trouver dans le champ d'application de la loi (Augier), de ne pas remplir les conditions d'admission à concourir (Nemours) ou l'obligation à la charge de l'autorité de tutelle d'annuler des décisions (Ville de Sarreguemines) ou des délibérations (Ville de Castelnaudary) (61) illégales sont et doivent être examinés d'office par le juge de l'excès de pouvoir. C'est que, il ne faut pas l'oublier, l'action en excès de pouvoir est intentée pour faire dire par le juge si la situation du demandeur était juridiquement protégée; or, il est bien évident que, dans la mesure où il se révèle que la compétence de l'administration était liée, la situation du demandeur n'était nullement protégée, au contraire. « A quoi pourrait servir une annulation sur un motif erroné en droit si pour un autre motif l'administration était dans l'obligation de prendre une décision dans le même sens ? » (62). Nous retrouverons d'ailleurs une jurisprudence analogue à propos des moyens de forme.

Dans le cas inverse, où l'administration était libre de prendre sa décision, la « substitution de base légale » joue un rôle plus original. Il faut d'ailleurs remarquer que si le juge de l'excès de pouvoir a effectué une telle substitution dans sa décision Rozé, il a

(60) Si elle n'avait trouvé, il n'y aurait pas de problème.

(61) *Adde :* Laplanche, Assemblée, 1er avril 1938, R. 339; Lacombe, 24 mars 1954, R. 181.

(62) Josse, conclusions précitées sous Augier.

refusé d'en faire autant dans sa décision relative au rationnement de l'essence (63). Le rapprochement de ces deux arrêts de section marque la limite de la substitution de base légale en même temps qu'elle en donne la signification.

C'est en effet parce que le décret attaqué par le sieur Rozé rentrait dans le champ d'application d'une loi (la loi d'habilitation du 14 août 1954) et avait été pris *dans les formes et les délais* prescrits par cette loi que le Conseil d'Etat a jugé possible la substitution d'une base légale (la loi de 1954) à celle qui était invoquée par l'administration (la loi du 17 août 1948). Cette substitution était particulièrement opportune puisque ce décret avait été pris sur avis favorable du Conseil d'Etat, avant que la jurisprudence ait décidé d'annuler les décrets modifiant, dans les matières prévues par la loi de 1948, des lois postérieures au 17 août 1948 (64). En ce qui concerne au contraire le décret instituant le rationnement de l'essence, il s'agissait d'un décret simple pris sur la base d'un texte sorti de vigueur (la loi du 19 janvier 1943) ; dès lors, et quoique l'article 7 de la loi du 17 août 1948 eût pu lui servir de base légale, il fallait l'annuler car *il n'avait pas été pris dans les formes* prévues par ce texte.

Il semble donc que le la limite à la jurisprudence sur la substitution de base légale, et par là sa signification, réside dans l'examen des garanties auxquelles avait droit le requérant. Si ces garanties n'ont pas été respectées, c'est-à-dire si l'administration a excédé son pouvoir en n'observant pas les limites prévues par la loi, l'acte sera annulé. Mais si l'administration a, même involontairement, modelé son action dans le cadre prévu par les textes qui l'autorisaient, son acte ne sera pas annulé et le Conseil d'Etat pourra, s'il l'estime opportun (65), substituer au moyen illégal invoqué à l'appui de son acte (66) le moyen légal sur lequel elle aurait pu se fonder.

Il reste qu'il y a, dans le domaine très précis et très limité de la jurisprudence Rozé, une exception au principe suivant lequel les parties sont libres de choisir les moyens qu'elles invoquent et le juge lié par leur argumentation, et une exception importante

---

(63) Chambre syndicale du commerce de l'automobile, Assemblée, 25 octobre 1957, R. 553 : « S'il appartenait au gouvernement, en vertu de l'article 7 de la loi du 17 août 1948... de réglementer la répartition des carburants... l'article 1er du décret du 25 janvier 1949 ne donnait pas au secrétaire d'Etat le pouvoir d'instituer... un régime de répartition de l'essence. »

(64) Ville de Lyon, 24 juin 1955, R. 354.

(65) Ce n'est pas obligatoire pour lui : Société civile de Dervallières, 22 juin 1955, R. 352.

(66) Il faut, en effet, considérer comme exprimant la même réalité les motifs juridiques de l'acte et les moyens de l'administration à l'encontre du recours.

car, si le Conseil d'Etat avait accédé à la demande du sieur Rozé, l'administration n'aurait pu refaire son acte puisque les pouvoirs spéciaux accordés par la loi de 1954 étaient limités à la durée du gouvernement de M. Mendès-France (67).

Est-ce un souci d'équilibre ? Il est d'autres hypothèses où le juge de l'excès de pouvoir manifeste sa faveur au demandeur et accepte de rectifier les moyens qu'il a proposés, de façon à leur faire produire un plein effet.

4. — *La rectification de moyens.*

Certes, le Conseil d'Etat s'interdit de connaître des moyens qui n'ont pas été soulevés par les parties lorsqu'il apprécie la validité d'un acte administratif sur renvoi des tribunaux judiciaires (68). Mais on sait que le juge de l'excès de pouvoir jouit de pouvoirs plus étendus que le juge de l'interprétation (69). Et il apparaît bien que, de façon aussi limitée que pour le défendeur, la Haute Juridiction accepte parfois de rectifier les moyens présentés par le requérant.

Il en est d'abord ainsi dans l'hypothèse où les conclusions de demandeur sont rectifiées par le Conseil d'Etat qui consent à les regarder comme dirigées contre une décision ou une partie de décision qu'elles avaient omis de viser (70). Dans ce cas en effet, et du seul fait que les moyens sont subordonnés aux conclusions, la rectification des unes entraîne celle des autres.

Il faut encore citer quelques passages de conclusions où se manifeste cette bienveillance (71) :

« A vrai dire, la question n'est pas nettement soulevée par les requérants... elle nous apparaît incluse dans le moyen que les parties tirent de cette jurisprudence » (72).

« Certes le moyen n'a été qu'assez sommairement présenté et la requérante n'a pas elle-même développé les arguments suivant lesquels l'augmentation du nombre des fonctionnaires appelés à être inscrits au tableau a pu lui porter tort. Mais nous estimons

---

(67) L'argument suivant lequel « ça n'aurait rien changé » ne pourrait donc être présenté en l'espèce; il est vrai qu'il y a eu, depuis, d'autres lois d'habilitation.

(68) Piquet, 23 mars 1956, R. 142; Bellon, 29 juin 1956, R. 283.

(69) Cf. WALINE, « Vers un reclassement des recours contentieux », R.D.P. 1935, p. 205.

(70) Cf. *supra*, p. 108.

(71) Il est, en effet, très difficile de la déceler à la lecture des arrêts; c'est donc dans les conclusions qu'il faut la chercher.

(72) DELVOLVÉ, conclusions sous Garreau de la Méchenie, Section, S. 1951-3-39, p. 41, 2e colonne.

que le moyen est suffisamment explicité pour que vous puissiez y statuer et nous pensons qu'il vous appartient de donner à la requête l'interprétation la plus efficiente dès lors que la requérante n'en a pas explicitement restreint la portée » (73).

« Nous devons d'abord cerner le problème et nous demander sous quelle forme le moyen peut être opérant... Il est nécessaire de préciser la portée du moyen... Dès lors, lorsque le requérant invoque cette jurisprudence,... nous ne pensons pas que vous puissiez le suivre... Mais sous cette forme, le moyen échappe à l'objection que nous venons de formuler » (74).

« On peut se demander s'il s'agit d'un véritable moyen car le requérant s'est borné à relever le fait... et n'a pas développé une argumentation juridique. Cependant, il est certain qu'il a entendu protester contre le procédé employé à son égard et il nous paraît difficile de négliger cet aspect de l'affaire en décidant qu'il n'y a pas de moyen au sens contentieux du terme, alors surtout que le moyen est sérieux » (75).

Il résulte clairement de ces citations, d'une part que la jurisprudence n'est pas actuellement fixée de façon définitive, d'autre part qu'elle est enfermée dans une limite assez stricte puisque la rectification de moyens n'est possible que dans la mesure où le requérant avait lui-même abordé la question dans sa requête. Au surplus, elle n'est jamais obligatoire.

Section II

L'ESSENCE DE LA NOTION DE MOYEN

Sous un titre sans doute trop ambitieux pour notre propos, il faut maintenant rechercher l'essence de la notion de moyen; après avoir dégagé les conditions auxquelles un moyen « existe » dans le procès né à la suite d'un recours pour excès de pouvoir, il faut en effet serrer de plus près la notion même de moyen, en rechercher les éléments « essentiels ».

Il s'agit là d'un problème qui, en bonne logique, ne devrait pas se poser, ou tout au moins devrait pouvoir être résolu en réglant la question de la distinction entre les moyens et les simples arguments.

---

(73) Landron, conclusions sous dame André, Assemblée, 4 mars 1955, R. 126.
(74 Mosset, conclusions sous Ged, Section, 7 janvier 1955, D. 1955-69.
(75) Heumann, conclusions sous Blancheton, Section, 24 mai 1957, A.J. 1958-2-81, p. 84, 2e colonne.

Une jurisprudence établie par le Conseil d'Etat pour le recours en cassation mais aisément transposable dans le contentieux de l'excès de pouvoir décide en effet que le juge doit prendre en considération tous les moyens soulevés par les parties mais n'est pas tenu de se prononcer sur les simples développements de l'argumentation (76). Suivant les termes employés par M. Jacomet (77), il « est tenu de répondre aux affirmations susceptibles, selon qu'elles sont fondées ou non, de réagir sur la décision, sur le dispositif; il n'a pas à répondre aux simples arguments à l'aide desquels le moyen est développé ». D'autres auteurs ont défini le moyen comme l'argument « précis et isolable » (78).

Le critère de la distinction entre le moyen et le simple argument ne pose d'ailleurs pas de problème réel dans le contentieux de l'excès de pouvoir. La haute compétence du Conseil d'Etat et le fait qu'il n'hésite pas à modifier l'argumentation du requérant, transformant ainsi un simple argument en moyen (79), donnent en effet aux parties toutes les garanties nécessaires. Aussi bien n'existe-t-il pas de tribunal supérieur susceptible de casser un arrêt du Conseil d'Etat pour n'avoir pas répondu à un moyen en estimant qu'il ne s'agissait que d'un argument...

Pourtant, la nature des moyens invocables à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir pose des problèmes complexes, ou plus exactement des questions qui ont été compliquées par les polémiques nées à propos des notions de droits subjectifs et objectifs, et par l'imprécision des notions de demande, de conclusions, de cause. Il apparaît en effet que toutes ces notions sont étroitement liées et que le but de l'analyse doit être de donner à chacune sa place et son rôle.

Une première série de problèmes concerne donc la définition « externe » des moyens. L'essentiel n'y est pas une question de nature intrinsèque. C'est l'examen des rapports entre les conclusions, la demande, la cause et les moyens du recours pour excès de pouvoir qui passe au premier plan.

Une deuxième série de problèmes se pose, relative à la définition « interne » des moyens. Dans cette optique, il faut surtout s'attacher à leur nature et s'efforcer, notamment, de résoudre l'épineuse question de leurs rapports avec les droits subjectifs des requérants.

---

(76) Société Francesco Cinzano, 17 février 1928, R. 880.

(77) Conclusions sous sieur X..., 3 novembre 1947, G.P. 1947-2-239.

(78) Lasry et George, « La jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de profits illicites », J.C.P. 1950-I-843 (spécialement n^{os} 47 à 65).

(79) Cf. *supra*.

§ 1. — La définition externe des moyens.

1. — *Le problème.*

Il s'agit de définir les contours externes de la notion de moyen, c'est-à-dire de rechercher quelles sont ses limites par rapport aux notions différentes mais voisines de conclusions, de demande et de cause. La question en effet n'est simple qu'*à priori* et sur le plan des définitions, car le contentieux de l'excès de pouvoir a généralement été présenté de telle sorte que tout y apparaît mêlé. Il semble possible d'affirmer, sans trahir la doctrine traditionnelle que, pour elle, la demande, les conclusions et la cause du recours pour excès de pouvoir désignent au fond une seule et même chose, l'annulation d'un acte administratif : le requérant demande une annulation, il ne peut conclure qu'en ce sens et cette annulation est la cause du recours. Quant aux moyens, ils ne paraissent pas jouir d'une existence propre : on traite des « ouvertures » du recours, mais simplement pour indiquer que les arguments utilisables sont étroitement limités dès lors que l'on a choisi la voie du recours pour excès de pouvoir. Certes, des nuances sont apportées à ce schéma, pour tenir compte des réalités de la jurisprudence, mais elles sont généralement « descriptives », expliquées par la bienveillance ou la sévérité du Conseil d'Etat.

Une telle présentation est insuffisante, car elle ne permet pas d'expliquer la jurisprudence récente. Dans le cadre général de notre travail, consacré précisément à la recherche d'une présentation nouvelle, il faut donc « situer » la notion de moyen avec quelque précision.

Un tel effort ne présente sans doute aucun intérêt pratique et n'est même pas susceptible d'aboutir à un résultat théorique immédiatement utilisable car les questions à résoudre se situent au plan des conclusions, de la demande, de la cause, mais pas à celui des moyens, sauf à distinguer ceux-ci des simples arguments (80). Mais

---

(80) Le principe de la distinction est lui-même très clair: est un moyen ce qui est de nature à servir de fondement au droit que l'on demande au juge de consacrer; est un argument le raisonnement par lequel on rattache le droit applicable aux faits de la cause. Par exemple, le fonctionnaire qui critique le retrait de sa nomination effectué par l'administration dispose d'un moyen (illégalité du retrait), mais peut invoquer plusieurs arguments : violation de ses droits acquis, violation des principes inscrits dans la Constitution ou dans le statut de 1946, etc. (le premier d'entre eux est seul fondé). Sur la complexité des applications pratiques, cf. Le Clec'h, « Moyens et arguments devant la Cour de cassation », J.C.P. 1951-1-839. Dans le contentieux de l'excès de pouvoir, le problème est plus simple, car chaque ouverture du recours constitue un moyen, tandis que le mode de preuve ou le raisonnement qui appuie ou développe ce moyen est un simple argument. Sur ce point, cf. *supra*, pp. 349 et suiv. (spécialement p. 351).

il apparaît pourtant nécessaire de définir aussi exactement que possible la place et le rôle des moyens car cela seul peut permettre une définition du domaine des conclusions, de la demande et de la cause dans un litige donné.

2. — *Conclusions, demande, moyens, cause sont étroitement liés.*

a) *Les liaisons « fonctionnelles ».*

Les moyens sont parfois un élément de définition des conclusions, toujours un aspect de la demande, et tendent à se confondre avec la clause même de l'instance.

Moyens et conclusion. — On le sait, les moyens qu'il lui est possible d'invoquer dépendent étroitement des conclusions prises par le demandeur; c'est donc l'examen des secondes qui permettra de se prononcer sur la recevabilité des premiers : qui demande l'annulation d'une mesure disciplinaire ne peut prétendre que la sanction a été trop sévère eu égard aux faits de la cause, qui demande l'annulation d'un acte réglementaire ne peut se prévaloir des droits qu'il tenait d'un contrat, etc. Mais le rapport entre les moyens et les conclusions n'est pas un rapport de subordination. Il est en effet des hypothèses où, à l'inverse des précédentes, le juge de l'excès de pouvoir scrute d'abord les moyens, pour en déduire l'exacte portée des conclusions présentées par le demandeur : vous employez tel argument, c'est donc que vous attaquez tel acte, semble dire alors le Conseil d'Etat (81). Moyens et conclusions sont donc liés par une sorte d'interdépendance, certains buts ne pouvant être obtenus qu'à l'aide d'arguments appropriés et, inversement, l'examen de ces arguments permettant de déterminer le but poursuivi.

On conçoit donc où l'analyse risque de s'égarer, s'est en fait égarée semble-t-il : à raison de l'autonomie du recours pour excès de pouvoir, posée au départ comme un postulat, la notion de moyen et celle de conclusions se confondent comme représentant deux conséquences automatiques et pratiquement analogues du caractère limité des litiges ouverts sur une action en excès de pouvoir. Il n'y a pas grande différence entre les expressions « conclure à l'annulation » et « conclure à l'annulation pour détournement de pouvoir » (ou une autre ouverture). En bref, les moyens sont seulement un aspect des conclusions.

---

(81) Cf., par exemple, sieur Weisgerber, 7 janvier 1955, R. 6 : « Considérant qu'il ressort des moyens invoqués par le sieur W... à l'appui de sa requête que celle-ci doit être regardée comme tendant à l'annulation de l'arrêté... en tant seulement qu'il fixe le tableau d'avancement pour 1951 des administrateurs civils pour la deuxième classe. » *Adde : supra*, p. 108.

Il va sans dire qu'une telle présentation nous paraît indéfendable au point de vue théorique et se trouve, de surcroît, directement contredite par la jurisprudence récente.

Moyens et demande. — La notion de demande fut à peu près ignorée de la doctrine jusqu'au jour où le juge de l'excès de pouvoir commença de déclarer irrecevable après l'expiration des délais, et pour la première fois en appel, les « demandes nouvelles ». Actuellement encore, elle ne semble pas définie avec précision et les auteurs qui s'y attachent recherchent sa cause plus que sa nature propre (82).

Certes, la notion est relativement simple : la demande, c'est ce qui est demandé au juge. Encore faut-il bien marquer que la demande doit se définir par la synthèse des moyens et des conclusions. Le juge de l'excès de pouvoir se prononce en effet à la fois sur les conclusions (il annule totalement, partiellement ou pas du tout) et sur les moyens présentés par les parties. Il faut cependant se garder de dire qu'elle en réalise la combinaison car certains éléments des conclusions (notamment tous ceux qui règlent la marche du litige) et des moyens (notamment les moyens irrecevables) ne concernent pas la demande proprement dite, tandis que la cause de la demande se révèle irréductible à des notions simplement tirées des conclusions et des moyens (83). Par exemple, dans l'hypothèse où, après un référé, le demandeur attaque une décision lui refusant de lotir un terrain en invoquant un détournement de pouvoir et les stipulations du contrat de droit privé passé avec son vendeur, la demande est constituée par certaines des conclusions (celles qui fixent la chose à juger, mais non celles qui ont abouti à la procédure de référé) et par le moyen recevable (détournement de pouvoir.

Moyens et cause. — La notion de cause est elle-même très difficile à analyser, le mot de cause faisant partie de « ces expressions qui, pour avoir trop de sens finissent par n'en plus avoir aucun ». Quoiqu'il en soit de ce point, qui sera repris, ce sont les moyens qui servent au juge de l'excès de pouvoir pour définir la cause de la demande (83), et déterminer par là s'il est, ou non, en présence d'une demande nouvelle.

Si les notions de conclusions, de demande, de cause et de moyen sont aussi liées, et si elles sont parfois prises l'une pour l'autre, c'est qu'il existe entre elles, outre ces liaisons fonctionnelles, une liaison « organique ».

---

(82) Pour un exemple particulièrement manifeste, cf. MALLEVILLE, *Jurisclasseur administratif*, fascicule 613, p. 13 et suiv.

(83) Cf. *infra*, titre III.

b) *La liaison organique.*

Ces quatre notions ne sont en effet que quatre expressions différentes d'une cinquième et c'est, croyons-nous, à la lumière de la notion de qualité qu'il faut examiner l'ensemble des problèmes posés par le recours pour excès de pouvoir dans l'optique des parties. Rien de plus naturel; puisque c'est essentiellement la qualité qui détermine la possibilité pour les deux parties d'agir en justice, il est normal que les modalités de leur action contentieuse dépendent du titre auquel elles figurent dans le litige.

Les conclusions sont ainsi limitées par la qualité que le requérant a choisi d'invoquer. La chose va de soi; c'est le problème général de la recevabilité à se pourvoir contre un acte déterminé. Mais les moyens dépendent aussi de la qualité; on l'a vu en étudiant les moyens à effet limité et ceux que seules certaines personnes peuvent soulever. Par-delà leur liaison avec les conclusions, c'est donc à la qualité qu'il faut se référer si l'on veut avoir une vue exacte à leur sujet. La cause est encore une expression de la qualité en laquelle la partie est venue au procès : indirectement, par l'intermédiaire de ses deux composantes (conclusions et moyens) et directement dans la mesure où l'on admet que la cause est tout simplement le statut juridique dont se réclame le requérant (84). Dans ce cas en effet, c'est le statut invoqué qui définit à la fois la recevabilité et la cause de l'action. La demande enfin, définie par son objet, ses moyens et sa cause, ne peut être que liée à la qualité.

Un exemple concret mettra en valeur ces différents rapports. Dans le cas déjà étudié (85) d'un décret attaqué par l'un des membres du conseil chargé de donner son avis sur le texte, la qualité du requérant définit : les conclusions (annulation du décret), les moyens invocables (violation des prérogatives du conseil), la cause du litige (respect de ces prérogatives) et la demande faite au juge. Ou encore, dans le cas d'un concours attaqué par un candidat malheureux, la qualité du demandeur définit les conclusions (annulation totale ou partielle du concours), les moyens (irrégularité des opérations auxquelles il a participé), la cause (respect de son statut de candidat) du litige soumis au juge; l'ensemble de ces éléments constitue la demande.

Dès lors, et bien qu'il soit explicable de confondre entre eux certains des éléments de la demande, à raison de leur commune origine (la qualité), il faut marquer nettement la place des moyens

(84) Contribuable, fonctionnaire, sinistré, etc.; cf. *infra*, titre III.
(85) Demoiselle Cavalier, *supra*, pp. 138 et 255.

dans le litige. Ainsi seulement pourra-t-on réserver aux conclusions, et surtout à la cause, leur domaine propre.

3. — *L'autonomie de la notion de moyen.*

« La distinction des moyens et des conclusions est difficile lorsque les conclusions concernent la cause juridique de la demande » (86). Une telle formule manifeste, selon nous, une évidente confusion entre des notions qu'il faut distinguer. Lorsque le juge de l'excès de pouvoir décide en effet qu'il se trouve en présence d'une demande nouvelle, ce peut être pour l'une des deux raisons suivantes : Ou bien la situation que les parties lui demandent d'apprécier est différente de celle qui était soumise à sa juridiction par les conclusions initiales; en ce cas, la demande est nouvelle par son objet. Ou bien — c'est le cas le plus fréquent — les moyens se rattachent à une cause juridique distincte de celle des moyens d'abord soulevés, et la demande est nouvelle par sa cause.

Il y a là deux hypothèses bien distinctes. Si l'analyse les confond parfois, c'est à raison du fait que les moyens s'expriment dans le même *instrumentum* que les conclusions proprement dites (la requête) et que, par une sorte d'abus de langage consacré par la pratique, on tend précisément à appeler conclusions tout ce qui est contenu dans la requête. Mais il faut bien marquer que cette dernière contient deux *negotium* très différents : les conclusions d'abord, c'est-à-dire la décision que les parties voudraient voir prendre par le juge, les moyens ensuite, c'est-à-dire les arguments proposés au juge dans ce but. Quant à la cause, elle n'est exprimée nulle part; c'est une notion tout intellectuelle, utilisée seulement en cas de besoin par le juge.

La place et le rôle des moyens sont donc bien marqués. Dans le cadre d'un procès intenté par un plaideur en fonction de la qualité qu'il a choisi d'invoquer, cette qualité détermine à la fois l'objet des conclusions (annulation) et la matière du litige (situation à examiner). Toute modification ultérieure de ces éléments est impossible une fois que la requête est devenue définitive, c'est-à-dire après l'expiration du délai de recours. A ce premier élément de la demande, qui est un élément concret définissant le « quoi » et le « comment » de la protection demandée au juge, s'ajoute un deuxième élément, intellectuel, qui en exprime le « pourquoi » : cet élément est constitué par les moyens.

Et si ces deux éléments sont compris dans le même acte matériel (la requête), si leurs composantes entretiennent d'étroits rap-

(86) Malleville, *Jurisclasseur administratif*, fascicule 613, p. 13.

ports, si le mot cause peut les concerner tous les deux, il reste que leur rôle et leur nature sont différents.

Cette première approche de la notion de moyen, par ses contours externes, n'épuise pas le problème posé. Il faut donc la compléter par un examen interne.

§ 2. — La définition « interne » des moyens.

Dire des moyens qu'ils sont les arguments invoqués par les parties à l'appui de leur prétention ne se révèle pas déterminant, tout au moins dans le contentieux de l'excès de pouvoir. Il n'est pas suffisant en effet d'avoir montré que l'existence des moyens dépendait, en règle générale, de l'initiative des parties; il faut encore définir les liens entre les moyens et le droit subjectif des parties au recours pour excès de pouvoir .

Un point doit être précisé : pour qu'un contentieux soit considéré comme subjectif, il n'est pas nécessaire que deux droits soient en cause. Il suffit qu'une question de droit subjectif soit en jeu, le demandeur prétendant à son maintien, le défendeur soutenant qu'il ne l'a pas violé (87). Cela dit, les moyens du recours pour excès de pouvoir ne sont pas l'expression du droit subjectif dont le demandeur réclame la protection mais ils en sont l'un des fondements.

1. — *Les moyens ne sont pas l'expression d'un droit subjectif.*

Dire que les recours pour excès de pouvoir donnent lieu à un contentieux subjectif n'est pas en effet prétendre que le juge se trouve amené à annuler un acte administratif parce qu'il a méconnu un droit subjectif dont le demandeur jouissait. Une telle position serait insoutenable, quelle que soit la façon dont on la présente.

Une première formulation consiste à prétendre que tous les administrés ont un véritable droit subjectif au respect par l'administration des règles de forme, de compétence, de fond et d'impartialité qui doivent commander son action.

Dès lors, la question posée au juge de l'excès de pouvoir est toujours celle de savoir si un droit subjectif a été violé par l'acte attaqué, le droit du demandeur à être bien administré, ou tout au moins son droit à la légalité. Dans cet esprit, les moyens sont très certainement l'expression d'un droit dont le requérant demande la garantie au juge : c'est par exemple, à raison de son droit à l'impartialité que le demandeur invoque un moyen tiré du détournement de pouvoir, en prétendant par là que son droit a été violé.

---

(87) Cf., par exemple, l'ensemble du contentieux de l'indemnisation.

Une telle position, nous l'avons dit (88), n'est pas soutenable. Elle a en effet pour conséquence d'enlever toute autonomie à la notion de droit subjectif ; c'est la notion même de contentieux objectif qu'elle met en doute.

Une deuxième formulation est possible : le recours pour excès de pouvoir serait un recours subjectif parce que le demandeur y soutiendrait devant le juge que l'acte entrepris lèse le droit subjectif qu'il avait acquis au maintien de sa situation individuelle. Cette position est au fond assez peu différente de la précédente; comme elle, elle repose en dernière analyse sur une pétition de principe.

Certes, il est des hypothèses où le requérant invoque directement à l'encontre d'une décision administrative les droits que lui avaient conféré d'autres actes administratifs. Dans le cas notamment où un acte individuel est retiré rétroactivement par l'administration, c'est essentiellement en examinant si l'acte initial avait créé des droits au profit des particuliers que le juge de l'excès de pouvoir annule le retrait ou le maintient (89). Mais, outre que beaucoup d'actes individuels ne sont pas considérés par la jurisprudence comme créateurs de droits (90), les actes réglementaires ne sont pas compris dans le champ d'application de la théorie du retrait (jurisprudence constante).

On pourrait cependant ajouter que dans le cas où le requérant demande l'annulation d'une mesure négative (refus de telle ou telle autorisation), il invoque encore à l'appui de son recours un droit à l'avantage que l'administration a refusé de lui accorder.

Resterait alors le cas des actes réglementaires et des mesures positives. On l'a vu (91), ce sont eux qui sont le moins souvent attaqués. D'ailleurs, même pour eux, il serait possible de soutenir que les moyens présentés par le requérant ne sont au fond que l'expression du droit subjectif de tout administré au respect de sa situation individuelle. Il suffirait pour cela — et le raisonnement vaudrait aussi bien pour le cas du retrait et celui des décisions négatives, qui ne seraient alors que des aspects particuliers d'un principe plus général — de passer du plan contentieux au plan constitutionnel et de montrer que, dans la conception française des pouvoirs publics, les citoyens ont des droits antérieurs à ceux de l'Etat puisque c'est la volonté des premiers qui crée le second.

---

(88) Cf. *supra*, p. 235.

(89) Dame Cachet, 3 novembre 1922, R. 790; dame Ingrand, 21 mars 1947, R. 430.

(90) Cf. notamment, Odent, p. 375 (décisions négatives et recognitives), *Juris-classeur administratif*, fascicule 765, n° 93 (pensions).

(91) Cf. *supra*, p. 250.

Dès lors, ce serait sur ces droits que le juge de l'excès de pouvoir se prononcerait, et les moyens du recours ne seraient rien autre que leur expression.

Mais une telle analyse, pour possible qu'elle soit, présente l'inconvénient majeur d'être beaucoup plus normative qu'explicative. Elle repose sur un postulat pratiquement indémontrable : les citoyens ont des droits antérieurs à ceux de l'État. Elle a pour principal inconvénient de supprimer le problème afin de le résoudre, en présentant du droit une notion qui ne correspond pas réellement à la conception du droit subjectif telle qu'elle est généralement proposée.

Ainsi, l'on ne peut considérer les moyens soulevés à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir comme l'expression d'un droit subjectif préexistant. Mais, il apparaît qu'ils sont l'un des fondements du droit subjectif dont les parties poursuivent la prestation en justice.

2. — *Les moyens sont l'un des fondements du droit subjectif.*

a) Les moyens ne sont pas le droit subjectif lui-même pour la raison très simple que l'objet du droit n'est pas le respect de la légalité. Le but poursuivi par les requérants n'est pas en effet de faire sanctionner une violation de la légalité commise par l'administration, mais d'assurer la protection de leur situation individuelle (92). Dès lors, les moyens de légalité dans le recours pour excès de pouvoir sont, réellement, de simples moyens, au sens commun du terme : « ce que l'on utilise pour parvenir à une fin ».

La démonstration doit donc se présenter de la façon suivante. Le recours pour excès de pouvoir est un contentieux subjectif parce qu'il porte sur un droit; pour le dénier en cas d'échec, le consacrer en cas de succès. Comme tout droit subjectif, le droit défendu par la voie de l'action en excès de pouvoir comporte deux éléments : un élément volontariste et un élément matériel (93). La composante « volontaire » est, dans notre matière comme dans tout le contentieux de l'indemnisation, le fait pour le requérant de saisir le juge de sa prétention. La composante matérielle est l'existence d'un intérêt juridiquement protégé. Tout le problème étant de savoir si l'intérêt du demandeur était juridiquement protégé, c'est le rôle des moyens que d'exposer au juge par quel raisonnement il doit se déterminer.

Par exemple, dans l'hypothèse où le propriétaire d'une usine d'allumettes se pourvoit contre la décision administrative lui ordon-

(92) Cf. *supra*, p. 251.
(93) Cf. *supra*, p. 241.

nant de fermer son établissement, le droit subjectif consacré par le succès de son recours (94) est le droit à la poursuite de son activité; l'élément volontariste du droit est le fait d'attaquer l'arrêté préfectoral; l'élément matériel se décompose pour sa part en deux parties : un intérêt (poursuite de la fabrication d'allumettes) et une protection juridique. En l'expèce, le moyen invoqué (détournement de pouvoir commis par le préfet) avait pour but de prouver que l'intérêt du demandeur était bien juridiquement protégé. Mais il est bien évident que le détournement n'était que l'argument utilisé par le requérant pour parvenir à son but, argument visant à démontrer que la situation du demandeur était telle que l'administration avait eu tort de chercher à la modifier.

Le raisonnement pourrait bien entendu être étendu à d'autres exemples de détournement de pouvoir ou à des hypothèses de violation ou de fausse application de la loi. Dans tous les cas, les moyens exposés par le demandeur ont pour but de démontrer au juge que son intérêt était juridiquement protégé tandis que les moyens du défendeur poursuivent le but inverse.

b) Reste alors à examiner si cette analyse permet de conclure au caractère subjectif du recours pour excès de pouvoir. On sait que M. Trotabas pense que le contentieux fiscal est un contentieux objectif parce qu'il a pour objet de « mesurer le statut du contribuable et de contrôler le pouvoir fiscal » (95), et non de permettre au contribuable de défendre ses droits. C'est la meilleure définition du contentieux objectif que nous connaissions; une simple transposition permet de dire que, pour l'ensemble de la doctrine classique, le contentieux de l'excès de pouvoir est objectif parce qu'il a pour objet de mesurer le statut de l'administré et de contrôler le pouvoir administratif.

Mais il nous semble que cette formule est aujourd'hui dépassée et qu'il faut actuellement pousser plus loin l'analyse pour rendre compte de la jurisprudence récente.

En effet, le fait qu'un juge mesure le statut de l'une des parties et contrôle le pouvoir exercé par un plaideur ne semble plus en rien caractéristique des recours objectifs. Que l'on prenne le contentieux de l'indemnisation, contentieux sans aucun doute subjectif puisqu'il consacre de véritables droits : y a-t-il autre chose dans les problèmes posés par un accident d'automobile, un fait de concurrence déloyale ou même le manquement à un contrat, que la demande adressée au juge de discuter au fond l'existence d'un

(94) Pariset, 26 novembre 1875, R. 934.

(95) In « La nature juridique du contentieux fiscal en droit français », *Mélanges Hauriou*, 1929, p. 711.

droit subjectif né au profit du demandeur, de la loi (art. 1384 du Code civil) ou d'une faute du demandeur (art. 1382 du Code civil, responsabilité contractuelle) ? Dans tous ces cas, et notamment pour le droit né au profit de l'accidenté en vertu de l'article 1384, c'est en dernier ressort sur la violation de la loi que le demandeur s'appuie pour demander que son droit soit sanctionné, tout droit subjectif naissant « dans l'ombre » du droit objectif, par l'effet d'un acte de volonté.

Il en va exactement de même dans le contentieux de l'excès de pouvoir. Certes, le droit créé au profit du requérant par le succès du recours qu'il a intenté n'est en principe pas susceptible de s'exprimer en argent, alors que c'est sous la forme d'une indemnisation que se résout le droit né d'un procès en dommages-intérêts. Mais il n'y a rien là d'extraordinaire : un acte juridique s'annule, un acte matériel ne s'annule pas; pour ce dernier, c'est donc une indemnité qui répare la violation du droit tandis que pour le premier une annulation rétroactive suffira à restituer le droit violé.

Qu'il existe des différences entre l'annulation d'un acte et l'attribution d'une indemnité, nous ne le contestons pas. Mais il nous paraît que, au point de vue du recours contentieux, c'est-à-dire *au point de vue des parties*, il n'y a pas de distinction de nature à faire entre l'action en excès de pouvoir et les autres types d'action sur le point qui nous occupe : dans tous les cas, le succès du recours contentieux consacre un droit au profit du demandeur.

c) Il faut ajouter que le point de savoir si les parties invoquent ou non un droit préexistant est sans intérêt. Du moment en effet que l'arrêt rendu sur recours pour excès de pouvoir est rétroactif, c'est qu'il présente un caractère déclaratif, comme toutes autres décisions contentieuses. Dès lors, il faut bien admettre que le droit qu'il consacre existait avant que la décision soit prise, parce que la situation du demandeur était juridiquement protégée — l'administration n'ayant pas le pouvoir de la modifier — et que l'initiative prise par lui en saisissant le juge a concrétisé son droit.

Le droit subjectif du demandeur à l'action en excès de pouvoir est donc un droit qui naît à son profit par l'exercice de l'action. Avant que le recours ne soit intenté, il y avait seulement à son profit une « simple expectative », une vocation à ce que sa situation ne soit pas modifiée ou soit modifiée dans le sens qu'il désire. Le droit lui-même naît juridiquement, s'il naît, au moment même où l'administration prend sa décision; mais ce droit ne naît que dans la mesure où le particulier saisit le juge de son recours, l'élément volontaire s'ajoutant alors à l'élément matériel. Quant au défendeur, il est le sujet passif de ce droit; c'est-à-dire que,

si le droit du demandeur est reconnu, il faut considérer que l'administration était débitrice d'une obligation de faire (si un acte négatif est annulé) ou de ne pas faire (si un acte positif est annulé).

Il faut cependant marquer les limites de cette analyse. Si en effet elle convient à la réalité contentieuse lorsque le demandeur invoque des moyens de fond (détournement de pouvoir, violation de la loi, manque de base légale), parce qu'alors sa situation était réellement protégée *au fond*, il n'en va plus de même lorsqu'il invoque des moyens de forme.

CHAPITRE II

LES MOYENS DE FORME

(relatifs à une illégalité externe)

Lorsque le demandeur invoque à l'appui de son recours un moyen tiré d'une illégalité externe de l'acte attaqué (vice de forme, incompétence), il ne prétend plus que celui de ses intérêts lésé par la décision critiquée était juridiquement protégé contre toute décision administrative l'affectant; il soutient seulement que l'administration s'est déterminée suivant une procédure irrégulière. Mais il est impossible de reproduire en la matière le raisonnement exposé à propos des moyens de fond car l'administration peut toujours refaire l'acte annulé pour vice de forme ou pour incompétence, ce qui prouve bien que la situation du demandeur n'était pas juridiquement protégée au fond. Le succès de l'action ne consacre dès lors aucun droit véritable (1).

Cependant, on ne saurait conclure pour autant que l'action en excès de pouvoir donne lieu à un contentieux objectif quand un acte administratif est entrepris à raison de son illégalité externe. Certes, le juge se livre alors à un simple contrôle, en vérifiant si les rapports de conformité entre la décision qui lui est soumise et l'ensemble des règles de forme qui lui étaient supérieures ont bien été respectés ; et aucun droit n'est directement en cause. Mais il faut aller plus loin, dépasser le plan des simples apparences.

(1) Si ce n'est le prétendu droit aux formes et à la compétence; cf. *supra*, p. 235.

L'ensemble des moyens de forme peut en effet être présenté comme constituant de véritables *présomptions d'illégalités.* Cette idée explique à notre avis que les irrégularités externes soient moins sévèrement sanctionnées que les illégalités internes : l'administration peut en effet les couvrir après que l'acte soit entré en vigueur (2), les tribunaux administratifs accordent rarement et parcimonieusement des indemnités à raison de l'illégalité commise en édictant un acte irrégulier en la forme; c'est qu'il y a là seulement des présomptions et que la protection juridique dont prétend bénéficier le demandeur n'est pas prouvée.

Elle explique surtout que, lorsqu'il est saisi d'un moyen d'incompétence ou de vice de forme, le juge de l'excès de pouvoir n'annule pas l'acte attaqué devant lui dans tous les cas où le moyen se révèle fondé. Il apparaît en effet que les arguments concernant la légalité externe de l'acte ne sont pas pris en considération pour eux-mêmes (3), ne sont pas, à eux seuls et même s'ils sont pertinents, susceptibles de conduire à une annulation. Tout se passe au contraire comme s'ils jouaient le rôle d'une présomption d'illégalité; ils sont simplement le signe que, au fond, l'acte attaqué est illégal, c'est-à-dire qu'il affecte une situation juridiquement protégée.

Pour démontrer la justesse de ces vues, il suffit d'exposer que le défendeur peut combattre cette présomption en apportant la preuve contraire, ou en prouvant la force majeure ou le fait du demandeur.

Section I

LE DÉFENDEUR PEUT TOUJOURS APPORTER LA PREUVE CONTRAIRE

« A travers le vice de forme, c'est la légalité générale, ou plus précisément la légalité matérielle de l'acte qui est contrôlée et assurée » (4). Cette formule signifie que le juge de l'excès de pouvoir n'annulera pas l'acte déféré à son contrôle et entaché d'une illégalité externe s'il estime que ce vice n'a pas affecté la légalité

(2) Cf. Berlia, « Le vice de forme et le contrôle de la légalité des actes administratifs », R.D.P. 1940-1941, p. 370, spécialement pp. 389 et suiv.

(3) Cf. Laferrière, T. II, p. 520 : « A chacune de ces formalités correspond, dans la pensée du législateur, un moyen d'éviter une erreur, d'empêcher une injustice, d'assurer la maturité et l'opportunité de la décision; de telle sorte que l'acte n'est *présumé* correct que si toutes les formes requises ont été observées. Telle est l'idée générale qui préside à l'annulation pour vice de forme. »

(4) Berlia, *op. cit.*, p. 386.

interne de la mesure prise. Il en est ainsi dans plusieurs hypothèses :

1. — *Le cas de la compétence liée.*

En cette hypothèse, le juge de l'excès de pouvoir ne tire aucune conséquence de l'illégalité commise : « Considérant que... la délivrance du permis de construire sollicité par le requérant devait, en tout état de cause, lui être refusée; que, dès lors, l'intéressé n'est pas fondé à soutenir que c'est à tort que le tribunal administratif a rejeté sa demande (fondée sur un vice de forme) » (5). Sans être très abondante, la jurisprudence sur ce point paraît constante depuis une décision Dirat (6). Son fondement est d'ailleurs indiscutable.

Au point de vue contentieux, il y a cependant une différence avec les règles suivies pour les moyens de fond (7) : au lieu de substituer au moyen invoqué par l'administration un moyen légal, le Conseil d'Etat se borne en effet à déclarer inopérant le moyen soulevé par le demandeur, sans même l'examiner au fond. Comme le disait M. Guldner dans ses conclusions précitées sous la décision Brissaud : « Il convient d'examiner si, compte tenu des circonstances de l'espèce, le vice de compétence ou de forme soulevé par le requérant était susceptible d'avoir une influence sur le contenu du dossier et, partant, sur l'appréciation des faits litigieux... Dans la négative, on peut sans aucun inconvénient rejeter la requête au fond sans examiner les moyens de forme ou de compétence. »

La position de la Haute Juridiction est donc très nette : pour elle, les moyens de légalité externe sont de simples présomptions d'un vice interne de l'acte critiqué, mais, s'il se révèle que l'incompétence ou le vice de forme ont été sans influence sur le fond de la décision qui devait être ce qu'elle a été, elle refuse d'annuler.

On parvient à la même conclusion en étudiant les formalités prévues dans le seul intérêt de l'administration.

2. — *Le cas des formalités prévues dans le seul intérêt de l'administration.*

Suivant une expression employée par le Conseil d'Etat lui-même (8), il est en effet des « formalités d'ordre intérieur », prévues

(5) Clément, 17 octobre 1956, R. 373.

(6) Dirat, Section, 26 mai 1950, R. 322; Société des Etablissements Dubout, Section, 17 juillet 1953, R. 382; Greffe, 19 novembre 1954, R. 603; Cournu, Section, 1er avril 1955, D. 1955-506 (conclusions Guionin); Dirat, 24 février 1956, R. 88 (dernier considérant); Arvaud, 14 mars 1956, R. 119; Clément, précité; Lazarini, 26 octobre 1956, R. 443; Félix, 20 mars 1957, R. 181; Soleil, 3 avril 1957, R. 234; conclusions Guldner sous Brissaud, 7 juin 1957, A.J. 1957-2-397.

(7) Cf. *supra*, p. 291.

(8) Ganière, 27 janvier 1950, R. 63.

dans l'intérêt de l'administration et dont l'omission ou le mauvais accomplissement ne sont pas susceptibles d'être invoquées par le requérant à l'appui de son recours.

Après semble-t-il quelques hésitations (9), le Conseil d'Etat fixa sa jurisprudence notamment pour l'engagement militaire (10), la délivrance de l'alignement dans les places de guerre (11) et, surtout, le visa du contrôleur des dépenses engagées (12). En ces trois matières au moins, il a pensé que la formalité prévue était uniquement destinée à garantir les intérêts de l'administration et ne pouvait être invoquée à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir.

Certes, la portée de cette jurisprudence est limitée car son domaine d'application est restreint. Sa signification est cependant fort importante car « en examinant l'irrégularité par rapport aux droits d'une prétendue partie, il est indéniable qu'il (le Conseil d'Etat) assimile le recours pour excès de pouvoir au recours de pleine juridiction » (13). Plus exactement peut-être, le juge de l'excès de pouvoir manifeste, en adoptant cette distinction que condamnait Laferrière (14), qu'il s'attache moins à l'illégalité de forme elle-même qu'aux répercussions qu'elle a été susceptible d'avoir sur le fond de la décision prise : il n'annule donc pas un acte dont l'irrégularité n'a pu avoir de conséquences défavorables pour le demandeur sur le fond de la décision attaquée.

Cette interprétation est confirmée par l'examen de la jurisprudence relative aux formalités non substantielles.

3. — *Le cas des formalités non substantielles.*

La nature de présomption qui est à notre avis caractéristique des moyens relatifs à une illégalité externe est particulièrement nette dans la jurisprudence relative aux formalités non substantielles car le défendeur peut se prévaloir avec succès du fait que l'illégalité commise n'a pas affecté le fond de la décision prise.

---

(9) Un arrêt Gris (29 novembre 1866, R. 1085) posait le principe, mais la solution était abandonnée deux ans après ; Servat, 9 janvier 1868 ; Ballande, 30 mars 1906, R. 280, conclusions Romieu.

(10) Faure Henri, 27 février 1919, R. 169.

(11) Bonvoisin, 24 octobre 1919, R. 776.

(12) Level, 25 mai 1927, R. 600; Paturel, 5 juillet 1935, R. 771; Ganière, 27 janvier 1950, R. 63; Pommier, 19 janvier 1955, R. 31, etc.

(13) Alibert, *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, p. 230.

(14) T. II, p. 522 : « Les formes imposées à un acte administratif ne le sont pas dans l'intérêt distinct de telle ou telle partie, mais dans... un intérêt de bonne administration. Il semble donc plus conforme aux principes que les parties qui ont intérêt à l'annulation d'un acte entaché de vice de forme et qui leur fait grief, puissent dénoncer l'omission d'une formalité, même quand cette omission ne les lèse pas personnellement. »

Suivant l'excellente remarque de M. Berlia (15), « ce ne sont pas en principe les formalités qui sont substantielles mais bien les illégalités elles-mêmes ». Le même moyen d'illégalité externe est en effet susceptible d'entraîner ou non une annulation suivant les circonstances de la cause. Il faut donc admettre que l'illégalité externe n'est en soi qu'une présomption et que l'administration garde toujours la possibilité de la détruire en apportant la preuve contraire, c'est-à-dire en montrant que, dans l'espèce soumise au juge, l'illégalité n'a pas affecté le fond de la mesure prise.

La jurisprudence est abondante en la matière. On en dégagera mieux l'esprit général en effectuant une distinction, acceptée d'ailleurs par la généralité des auteurs (16), entre l'omission d'une formalité et l'accomplissement irrégulier de l'acte attaqué.

a) *Omission d'une formalité.*

Le principe est alors que l'acte doit toujours être annulé, sauf bien entendu dans le cas de compétence liée et dans la mesure où cette formalité était édictée dans l'intérêt exclusif de l'administration. La présomption d'illégalité au fond joue ici à plein et ne peut pas être renversée pour la raison très simple que nul ne peut savoir ce qu'aurait été la décision si tel avis avait été pris, si telle commission ou conseil avait été régulièrement composé, etc. C'est l'hypothèse classique, qui ne demande aucun commentaire particulier.

Il faut seulement marquer la limite de cette présomption. Lorsque la formalité omise ne pouvait manifestement entraîner aucune modification du fond de la mesure prise, le juge de l'excès de pouvoir se réfère à « un formalisme modéré et intelligent » (17) en refusant d'annuler l'acte. C'est ainsi notamment que l'omission d'une formalité postérieure à l'acte attaqué est considérée par une jurisprudence constante (18) comme non susceptible d'entraîner une annulation; elle n'a d'effet qu'en ce qui concerne le point de départ du délai contentieux (19).

---

(15) « Le vice de forme et le contrôle de la légalité des actes administratifs », R.D.P. 1940-41, pp. 370 et suiv., spécialement p. 374.

(16) Laferrière, T. II, p. 520; Alibert, *op. cit.*, p. 724; Berlia, *op. cit.*, p. 378.

(17) Auby, « La procédure administrative non contentieuse », D. 1956, chr., p. 27. *Adde :* Ardant, « La double origine du formalisme et l'élimination des formalités inutiles », in *Technique de l'Etat*, p. 105.

(18) Cf., par exemple, pour une mesure d'approbation : C.N.E.P., 22 novembre 1950, R. 632.

(19) Cf. *supra*, p. 193, pour l'omission de publication ou de notification.

b) *Accomplissement partiel ou irrégulier d'une formalité.*

C'est ici que, « dans le souci d'éviter d'alourdir une administration déjà trop lente » (20), le juge de l'excès de pouvoir a dégagé la notion de formalités non substantielles. Ce faisant, sa jurisprudence consacrait la notion de présomption. L'idée générale qui inspire les arrêts intervenus en la matière est en effet qu'il faut rechercher si et dans quelle mesure la situation du demandeur était juridiquement protégée, si et dans quelle mesure l'accomplissement irrégulier ou partiel de cette formalité a privé le requérant de la protection à laquelle il pouvait prétendre (21). La présomption d'illégalité peut donc être couverte si l'administration apporte la preuve que, dans l'espèce, la situation du demandeur n'a pas été affectée par l'irrégularité survenue.

Il en résulte bien évidemment qu' « il n'est pas possible de donner un critère précis de la notion de formalités substantielles » (22). Suivant les cas en effet, la même formalité est présentée comme présentant ou non un caractère substantiel.

Ainsi, l'article 65 de la loi du 22 avril 1905 (23) prévoit la communication intégrale de leur dossier aux fonctionnaires menacés d'une sanction disciplinaire. Si, postérieurement à la communication, des pièces nouvelles sont ajoutées au dossier, le Conseil d'Etat effectue une distinction : il annule la sanction prise si ces pièces constituaient des documents nouveaux à propos desquels le fonctionnaire n'a pu présenter de défense (24), mais il refuse d'annuler si ces pièces ne contiennent rien de nouveau et n'ont donc pu influencer le fond de la décision prise (25).

De même, l'article 110 du décret du 25 août 1928 prévoit qu'un délai de cinq jours ouvrables doit être laissé au fonctionnaire frappé de sanction pour préparer sa défense. Dans l'hypothèse où ces délais n'ont pas été respectés, le juge de l'excès de pouvoir annule la sanction s'il lui apparaît que le demandeur n'a pu se faire assister d'un défenseur (26), mais refuse de le faire si le requérant

(20) Waline, n° 693, p. 398.

(21) Syndicat des industriels laitiers d'Ille-et-Vilaine, 22 juillet 1950, R. 462.

(22) Odent, p. 568.

(23) Actuellement repris dans l'article 64 de la loi du 19 octobre 1946.

(24) Duchêne, 10 décembre 1908, R. 1082.

(25) Briard, 14 mai 1915, R. 177.

(26) Forges, 31 mai 1933, R. 591.

a eu en réalité le temps nécessaire pour consulter son dossier et préparer sa défense (27).

On connaît également la jurisprudence classique suivant laquelle la présence de tiers à la séance d'une commission non disciplinaire n'est source d'illégalité que dans la seule mesure où cette présence a été de nature à fausser la délibération et à en modifier le sens (28) ; il semble en aller de même pour les commissions disciplinaires (29).

Il faut encore citer les mesures qui, sans être prévues dans l'intérêt exclusif de l'administration, doivent être accomplies en quelque sorte par routine, leur réalisation ne donnant aucune garantie supplémentaire aux administrés; ainsi, le Conseil d'Etat a refusé de censurer le fait d'avoir omis de signifier au requérant le nom d'une personnalité membre de droit du conseil de discipline (30) parce que le demandeur n'aurait pu le récuser; il admet de même que le fait de publier un décret après l'expiration du délai prévu par la loi ne constitue par en principe une irrégularité substantielle (31).

On pourrait multiplier les exemples. Mais, encore une fois, il convient de les étudier deux à deux, afin de bien marquer l'attitude du juge de l'excès de pouvoir pour lequel « il y aura formalité substantielle et annulation quand l'illégalité a certainement ou probablement entraîné une solution au fond et l'a modifiée par rapport à ce qu'elle aurait été dans le cas d'une procédure régulière » (32). L'administration peut dont toujours opposer au moyen tiré par le demandeur d'une illégalité externe la preuve que cette irrégularité n'a pas affecté la décision prise, et renverser ainsi par la preuve contraire la présomption mise à sa charge.

---

(27) Bérard, 17 février 1932, R. 191; Séjar dit Roslas, 16 janvier 1942, R. 119. Dans le même sens, le Conseil d'Etat a jugé qu'un délai de vingt-quatre heures pour présenter sa défense devant une commission d'enquête en matière d'épuration administrative était insuffisant et constituait une irrégularité substantielle (Descieux, 2 mai 1946, R. 125) ou, à l'inverse, n'avait pas constitué une telle irrégularité (Fores, 26 juillet 1946, Somm., p. 423) suivant que le sanctionné avait pu, ou non, présenter une défense complète.

(28) Cf. Auby, « Le régime juridique des avis dans la procédure administrative », A.J. 1956-1-53.

(29) Comparer Pouzelgues (29 juillet 1953, R. 418) et Société financière de France (15 octobre 1954, R. 536).

(30) Baudouin, 5 juin 1953, R. 267.

(31) Dame Dufresne, 16 octobre 1931, R. 879; Caisse régionale de crédit agricole du Sud-Est, 7 avril 1933, R. 437; Société Van Outryve, 6 juillet 1934, R. 789; Société mutualiste des professions libérales, 31 mars 1950, R. 212; Association « Les résistants Voix du Nord », 7 décembre 1956, R. 467.

(32) Berlia, *op. cit.*, p. 385.

Section II

LE DÉFENDEUR PEUT TOUJOURS ALLÉGUER LA FORCE MAJEURE OU LE FAIT DU DEMANDEUR

L'analyse des irrégularités externes comme de simples présomptions au fond se trouve encore confirmée par l'examen des jurisprudences relatives à la force majeure et au fait du demandeur. De telles circonstances sont en effet de nature à renverser la présomption établie : en dépit du bien-fondé de son moyen de forme, le demandeur ne pourra pas faire annuler l'acte qui lui fait grief parce que sa situation n'était pas juridiquement protégée au fond.

1. — *La force majeure.*

L'expression peut paraître insolite ici car elle est surtout usitée dans le contentieux de l'indemnisation; mais, ainsi que l'indique M. Alibert (33), c'est l'idée de force majeure qui conduit le juge de l'excès de pouvoir à décider que « l'impossibilité matérielle et prolongée d'accomplir une formalité administrative » peut renverser la présomption d'illégalité née de l'irrégularité formelle. Cette force majeure peut d'ailleurs présenter divers aspects.

Dans une première série d'hypothèses, elle tient à des raisons de conjoncture; elle est temporaire mais générale et constitue une simple application de la « théorie de circonstances » (34). On sait en effet que, dans la mesure où il admet l'existence de circonstances exceptionnelles (35), le Conseil d'Etat cesse pratiquement de censurer l'illégalité externe des actes qui lui sont déférés. C'est ainsi par exemple qu'il n'a tiré aucune conséquence contentieuse des incompétences résultant de délégations irrégulières (37), d'une véritable usurpation de pouvoir (37) ou d'un empiètement de l'administration sur le domaine réservé au législateur (38), etc. De même a-t-il considéré comme régulier un acte entaché d'un vice de forme patent (39).

---

(33) *Op. cit.*, p. 232.

(34) Cf. Mathiot, « Les circonstances exceptionnelles », *Mélanges Mestre*, p. 412.

(35) Cf. *supra*, p. 220.

(36) Société des Etablissements Saupiquet, 1er août 1919, R. 713; Viguier, 26 juin 1946, R. 179.

(37) Lecocq, 7 janvier 1944, R.D.P. 1941, p. 331, conclusions Léonard, note Jèze.

(38) Laugier, 16 avril 1948, S. 1948-3-36, avec les conclusions de M. Letourneur qui donne pour fondement à cette jurisprudence la nécessité d'assurer la bonne marche des services publics. *Adde :* Josué, 27 avril 1945, J.C.P. 1946-2-2917 (conclusions Donnedieu de Vabres).

(39) Heyriès, 28 juin 1918, R. 651; Courrent, 16 mai 1941, R.D.P. 1941, p. 540, etc.

Mais l'effet juridique des circonstances exceptionnelles n'est pas le même en matière de légalité interne et de légalité externe. Dans le premier cas, en effet, ces circonstances ont pour effet de modifier au fond la protection juridique à laquelle peuvent prétendre les administrés; un droit de crise est substitué au droit normal; deviennent légitimes « des décisions qui en période normale et en vertu de la législation normale ne le seraient pas » (40). Dans le second cas, au contraire, la portée des circonstances exceptionnelles nous semble différente; il n'y a pas modification de la protection juridique accordée aux intérêts du demandeur mais seulement transformation de sa situation de plaideur : les moyens de forme deviennent inopérants, il faut plaider au fond. La présomption est renversée par la force majeure et c'est au demandeur à prouver, soit qu'il n'y avait pas force majeure, soit que, au fond sa situation restait protégée par le droit de crise nouveau. Aussi bien est-ce sur ces deux points que le juge de l'excès de pouvoir fait porter son contrôle en cas de circonstances exceptionnelles (41).

Il est une deuxième série de cas où la force majeure empêche le demandeur d'invoquer à l'appui de son recours la présomption d'illégalité au fond que constituent les moyens de forme. Elle y présente un aspect légèrement différent et résulte alors de données de structure, spéciales à l'espèce soumise au juge de l'excès de pouvoir mais qui peuvent être permanentes.

L'arrêt Thiant (42) est un exemple particulièrement remarquable à cet égard car il montre bien la limite de la présomption née d'une irrégularité externe. Le conseil de discipline de la commune de Nœux-les-Mines se composait de trois conseillers municipaux et d'un chef de service municipal; or il advint que le sieur Thiant qui passait devant le conseil de discipline était... le seul chef de service municipal ! Le maire compléta alors le conseil de discipline par un quatrième conseiller municipal et le Conseil d'Etat décida, sur recours du sieur Thiant : « S'il appartenait au maire, soit de compléter l'effectif prévu par un autre fonctionnaire, soit même, en cas d'impossibilité, de ne pas le compléter, il ne pouvait en tout cas appeler à siéger à sa place un membre d'une catégorie toute différente, tel qu'un quatrième conseiller municipal. »

C'était dire :

Que l'impossibilité matérielle renverse toujours la présomption d'illégalité au fond, par application des règles relatives à la force majeure;

---

(40) Letourneur, conclusions précitées.
(41) Cf. Mathiot, *op. cit.*, III[e] partie.
(42) Thiant, 23 janvier 1925, R. 68.

Que le remplacement du chef de service par un simple fonctionnaire n'aurait pas entraîné l'annulation de la mesure prise; les circonstantes imposaient en effet cette modification des règles légales, et la présomption d'illégalité serait en ce cas tombée;

Que le choix d'un quatrième conseiller municipal devait lui-même s'analyser en une telle présomption car il avait eu pour conséquence de modifier la parité introduite au conseil entre ses membres politiques et ses membres administratifs.

On voit donc que le moyen tiré d'une irrégularité externe n'est efficace que dans la mesure où il peut apparaître comme une présomption d'illégalité au fond, présomption renversée si l'administration peut prouver qu'il ne lui était pas possible d'agir autrement qu'elle l'a fait.

2. — *Le fait du demandeur.*

Tout naturellement, le juge de l'excès de pouvoir admet aussi que la présomption ne peut être utilement invoquée par le demandeur s'il se révèle qu'elle provient de son fait ou qu'il en a donné en quelque sorte décharge, en acquiesçant à l'acte attaqué.

a) L'illégalité a été provoquée par le demandeur. Il est alors normal que le requérant ne puisse se prévaloir de la présomption puisque l'administration a précisément manifesté son intention de respecter les formes qui lui étaient imposées.

Ainsi, la jurisprudence n'admet pas qu'un fonctionnaire, après avoir refusé de prendre connaissance de son dossier invoque à l'appui de son recours contre la sanction prise l'absence de communication du dossier. Posé par un arrêt Busoni (43), ce principe fait l'objet d'une application constante (44).

De même, le mauvais vouloir des membres d'une commission ou d'un conseil, qui refusent de siéger pour empêcher que des textes qu'ils désapprouvent viennent en discussion, n'est pas susceptible d'entraîner l'annulation des mesures décidées sans qu'ait été pris l'avis prévu par la loi. Là encore, et depuis semble-t-il une espèce Delmas (45), la jurisprudence est constante (46).

Dans le même sens, le simple fait du demandeur, sans mauvaise volonté de sa part, l'empêche ensuite d'invoquer l'irrégularité qu'il

---

(43) Busoni, 21 février 1902, R. 174.

(44) Dame Roussel, 23 octobre 1935, R. 970; Leroux, 14 novembre 1941, R. 187; Meisterhams, 29 avril 1957, A.J. 1957-2-308.

(45) Delmas, 3 mars 1929, R. 135.

(46) Chambre syndicale de l'affichage, 1er décembre 1943, R. 276; Doumeng, 17 juillet 1953, *Rev. adm.*, 1953, p. 605 (note Liet-Veaux); Picaronny, 13 mai 1955, R. 261; Syndicat national des ingénieurs de la navigation aérienne, 24 juin 1955, R.P.D.A. 1956, n° 323; Pénicaut, 16 novembre 1956, R. 432.

a lui-même provoquée : ainsi pour l'adjoint au maire révoqué sans avoir été entendu mais qui avait quitté la commune sans laisser d'adresse (47), ou pour le propriétaire réquisitionné sans tentative d'accord amiable mais alors qu'il avait antérieurement « manifesté clairement son intention de ne se prêter à aucun accord amiable » (48).

b) L'acquiescement du demandeur à l'irrégularité externe d'un acte administratif pose pour sa part des questions qui ont été beaucoup plus discutées.

Une décision Pruvost (49) avait en effet laissé planer le doute en décidant que la modification du règlement d'un concours (doublement des horaires de composition) après l'ouverture des épreuves était irrégulière bien qu'elle ait été acceptée par les candidats. Mais la jurisprudence postérieure a montré qu'il fallait interpréter cet arrêt par rapport à la notion d'intéressé et non par rapport à la notion d'acquiescement, la masse des candidats éloignés du concours par l'annonce de conditions inexactes n'ayant pu acquiescer. En effet, plusieurs décisions ont posé très nettement le principe suivant lequel l'acquiescement du demandeur à une irrégularité externe a pour conséquence de rendre ensuite son recours mal fondé (50).

Même si le Conseil d'Etat a semblé ne poser le principe que pour conclure ensuite à l'impossibilité de son application dans l'espèce qui lui était soumise (51), une décision au moins a admis la validité de l'acquiescement et lui a fait produire son plein effet (52). De toute façon, le seul fait que le principe soit admis est très important car la jurisprudence montre bien ainsi que l'irrégularité externe importe peu en elle-même : ce qui compte, c'est le problème du fond du droit : la situation du demandeur a-t-elle été affectée alors qu'elle était juridiquement protégée ? On conçoit donc que l'acquiescement rende inutile la présomption d'illégalité; il constitue en effet à son tour une présomption, en laissant supposer au juge que l'intérêt de l'acquiesçant n'a pas été lésé par l'irrégularité à laquelle il a acquiescé.

---

(47) Samuel, 21 novembre 1918, R. 1037.

(48) Razungle-Bassou, 19 novembre 1948, R. 437.

(49) Pruvost, 2 juillet 1909, R. 650.

(50) Dame Comode, 15 février 1922, R. 954; Guillemin, 11 février 1927, S. 1927-3-49 (note Hauriou) ; Plet et Pérignon, S. 1936-3-97 (note Alibert).

(51) Cf. Alibert, note précitée. *Adde* : Heurté, « L'acquiescement dans la procédure administrative », R.P.D.A. 1954, p. 182 : « L'ensemble de la jurisprudence montre que le Conseil d'Etat accepte toujours d'examiner la fin de non-recevoir tirée de l'acquiescement du demandeur encore que, pratiquement, il paraisse n'en avoir jamais admis le bien-fondé. »

(52) Guillemin, précité.

CONCLUSION DU TITRE II

L'analyse des moyens invocables à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir a permis d'exposer quelle en est la technique contentieuse (p. 282 à p. 303) et comment ils sont l'expression des fondements du droit créé par le succès de l'action, la preuve que l'intérêt dont le requérant poursuit la satisfaction en justice est bien juridiquement protégé (p. 303 à p. 306).

La nature des moyens n'est pas fondamentalement différente dans les recours de pleine juridiction; ils y obéissent aux mêmes règles techniques et ont également pour but d'exposer au juge pourquoi la situation du demandeur était juridiquement protégée. Les moyens présentent cependant un aspect différent dans l'un et l'autre cas, car les problèmes posés en matière d'excès de pouvoir ne sont pas les mêmes que ceux posés en matière de pleine juridiction; c'est une conséquence de la distinction des contentieux.

C'est en effectuant la synthèse de nos développements précédents, pour exposer comment joue la notion de cause dans le recours pour excès de pouvoir, que nous allons essayer de montrer le mal-fondé actuel de cette distinction, et proposer autre chose pour la remplacer.

TITRE III

LA CAUSE DE LA DEMANDE

La notion de cause est l'une des plus complexes et des plus subtiles parmi les abstractions que la science juridique a créées et l'unanimité semble ne s'être jamais faite en doctrine sur son contenu, sa nature et son rôle (1). Aussi bien s'agit-il d'une notion polymorphe, dont les éléments varient suivant la matière juridique à laquelle on l'applique; les obligations, les actes juridiques unilatéraux, les décisions juridictionnelles, l'action en justice, en bref la quasi-totalité des actes juridiques ont ainsi leur cause juridique. Et chacune de ces causes semble présenter une nature assez différente et jouer un rôle variable.

Il ne nous appartient pas, tout au moins à titre principal, d'examiner si une synthèse peut être réalisée (2), mais simplement de déterminer en quels termes se pose la question de la cause dans le cadre du recours pour excès de pouvoir. On sait en effet que, depuis 1953 (3), le Conseil d'Etat utilise systématiquement la notion de cause pour aménager le contentieux de l'excès de pou-

(1) Cf. GUIONIN, conclusions sous Grundberg, 12 juillet 1955, R. 407 : « La cause, c'est le fait juridique qui justifie la demande, la catégorie de droit qui sert de fondement à la prétention et sur laquelle se prononcent les juges saisis de la question. Mais la portée de cette distinction dépend en réalité du sens que l'on attribue aux termes qui le composent. »

(2) Nous croyons d'ailleurs savoir qu'une thèse de doctorat est en cours sur ce sujet.

(3) Société Intercopie, 20 février 1953, R. 88.

voir. Cette jurisprudence confirme de façon éclatante le caractère subjectif du litige né à la suite de l'exercice par un plaideur de l'action en excès de pouvoir.

Pour le démontrer, il faut étudier d'abord en quelles occasions le juge de l'excès de pouvoir utilise la notion de cause — quel est le cadre du problème — pour rechercher ensuite quels sont le contenu et la signification de sa jurisprudence. Partir ainsi des effets de la cause pour s'attacher ensuite à en définir la nature semble la seule méthode utilisable car doctrine et jurisprudence sont encore trop mal affermies pour qu'il soit possible d'employer une méthode d'exposition qui partirait d'une analyse abstraite et *a priori* pour en déduire ensuite les conséquences contentieuses.

On constatera alors que :

Chapitre I[er] : Le problème de la cause se pose dans le cadre d'un litige entre parties (effets de la cause) ;

Chapitre II : La cause de la demande est le statut juridique invoqué par le plaideur (nature de la cause).

CHAPITRE PREMIER

LE PROBLEME DE LA CAUSE SE POSE DANS LE CADRE D'UN LITIGE ENTRE PARTIES A CARACTERE SUBJECTIF

(effets de la cause)

Il convient, dès l'abord, de cerner exactement les contours du problème à résoudre, en écartant du débat tout ce qui concerne la cause des actes administratifs soumis au contrôle du juge de l'excès de pouvoir. Cette question, qui a déjà été traitée (1), se rattache en effet à la théorie de l'acte juridique et au problème de la matérialité des motifs : « Spontanément apparue dans la jurisprudence comme un procédé technique utilisé dans le contrôle du fait... la cause se présente comme une définition du rapport juridique existant entre l'acte administratif et ses antécédents objectifs...; si elle doit jouer un rôle en droit public, c'est en tant qu'identifiée à la notion de but » (2). Très évidemment, il faut également écarter la cause entendue comme le facteur subjectif qui détermine l'action en tel ou tel sens de l'une des parties; les

(1) VEDEL, *Essai sur la notion de cause en droit administratif français*, thèse Toulouse, 1934; CHARLIER, « La cause dans la jurisprudence administrative récente », J.C.P. 1950-1-871.

(2) VEDEL, thèse, p. 58, p. 3 et p. 2.

motifs psychologiques qui ont incité les plaideurs à utiliser leur action importent peu au juge chargé de les départager (3).

Reste donc au centre de l'analyse l'ensemble des problèmes posés par la cause de la demande ou, ce qui dans une très large mesure revient au même, la cause de l'instance engagée. *Demande* doit en effet être pris ici dans son sens contentieux; dès lors, le cadre déterminé par la demande et celui défini par l'instance coïncident. Il vaut cependant mieux parler de demande plutôt que d'instance car, en cas de doute, c'est à la cause de la demande qu'il faut se référer pour définir l'étendue de l'instance. Suivant une terminologie plus généralement employée par les économistes, la demande et l'instance coïncident *ex post* mais ne sont pas forcément confondues *ex ante*.

C'est précisément dans le cas où l'un des plaideurs, généralement le demandeur, s'efforce d'étendre le cadre de l'instance, trop étroit suivant lui par rapport à la demande soumise au juge de l'excès de pouvoir, que la notion de cause est utilisée : pour appliquer le principe de coïncidence entre la demande et l'instance, il faut en effet déterminer quelle est exactement l'étendue de la demande. Certes, de telles hypothèses sont relativement peu fréquentes; on peut en compter une quinzaine depuis 1953. Mais, quatre à cinq espèces par an à propos d'un cas un peu « à la limite » représentent déjà une proportion non négligeable. Surtout, l'importance doctrinale de cette jurisprudence est considérable; s'il en était besoin, elle serait marquée par le fait que la plupart des décisions en la matière ont été rendues par la section du contentieux.

Il apparaît en effet que les conditions dans lesquelles le juge de l'excès de pouvoir fait appel à la notion de cause révèlent que le recours pour excès de pouvoir n'est pas un procès fait à un acte et qu'il ne donne pas lieu à un contentieux objectif, ce qui confirme les résultats auxquels nous étions déjà parvenus.

Section I

LA JURISPRUDENCE RELATIVE A LA CAUSE CONFIRME QUE LE RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR OUVRE UN LITIGE ENTRE PARTIES

S'il fallait admettre que le litige ouvert par l'exercice d'une action en excès de pouvoir constitue un procès fait à un acte, exclu-

(3) La jurisprudence relative à la rectification de moyens repose cependant sur l'interprétation par le juge de la volonté des parties.

sif de la notion de parties, la notion de cause n'aurait aucun rôle à y jouer. Saisi *in rem* d'une demande de contrôle, le juge se prononcerait sur la légalité de la décision qui lui est soumise, en tenant certes compte des arguments présentés par le « défenseur » de l'acte et par « l'attaquant », sorte de ministère public, mais sans accepter de se laisser enfermer par eux. Un acte est légal ou illégal et, dans l'optique d'un « procès fait à l'acte », la notion de demande nouvelle ou de moyen nouveau reposant sur une cause juridique distincte serait inconcevable, tout argument pouvant en tout temps être soumis à l'appréciation du juge de l'acte. Plus généralement, aucune des conséquences tirées par les tribunaux de la notion de cause, en matière de plein contentieux ou de litiges entre particuliers, ne devrait se retrouver dans les règles gouvernant l'exercice d'une action en excès de pouvoir.

La cause de l'action est en effet une notion qui suppose l'existence de parties et la possibilité pour ces dernières de « choisir leur terrain », en nuançant l'objet de leur demande et en adoptant librement tel ou tel argument juridique à l'appui de leur prétention.

Or, le contentieux de l'excès de pouvoir fait une assez large place à la notion de cause dans le cadre de l'instance juridictionnelle. Il y a même davantage, et l'examen de la jurisprudence révèle que la notion de cause déborde le cadre de l'instance pour jouer un rôle qui n'est pas négligeable en ce qui concerne la phase gracieuse ou hiérarchique préalable et, éventuellement, la phase postérieure de l'indemnisation.

§ 1. — La jurisprudence relative à la cause dans le cadre de l'instance.

L'instance peut être définie comme une succession d'actes soumis à certaines formes et à certains délais, qui a son point de départ dans le recours d'une personne à un juge et son aboutissement dans le jugement rendu par ce dernier (4). Elle se présente donc comme un tout dont les éléments sont liés et doivent être envisagés dans leur connexité, depuis la saisine du tribunal de premier ressort jusqu'à l'intervention d'une décision définitive, rendue par ce dernier ou par une juridiction supérieure.

Et c'est la notion de cause qui donne à ce tout son unité; elle en détermine en effet les limites (prohibition des demandes nouvelles) comme le contenu (autorité de la chose jugée). Dans les

(4) Cette définition de l'instance comme une série d'actes ne nous est pas personnelle; elle est admise par l'ensemble de la doctrine processualiste.

contentieux civils et de pleine juridiction, ce sont les parties au litige qui choisissent librement la cause juridique qu'elles entendent donner à l'instance. Ce choix s'effectue lorsqu'elles définissent la demande présentée au juge; cette dernière définit en effet la cause juridique de l'instance. Concrètement, il en résulte que les demandes nouvelles sont prohibées en appel et que la portée de la chose jugée dépend de la demande. Rien de plus naturel au demeurant.

Il est plus surprenant que les mêmes mécanismes jouent à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir; cela prouve que les parties, et plus spécialement le demandeur (5), sont libres de donner à leur demande la cause qu'elles estiment la plus opportune; cela démontre donc que l'action en excès de pouvoir n'est pas dirigée contre un acte. Pour développer pleinement cette idée, il convient d'exposer plus en détail les solutions données par la jurisprudence en matière de chose jugée et de prohibition des demandes nouvelles.

A. — L'autorité de la chose jugée.

Les problèmes posés par l'autorité de la chose jugée sur un recours pour excès de pouvoir sont multiples (6). Il n'en faut retenir que ceux dont la solution impose le recours à la notion de cause juridique de l'instance. On constate alors que l'annulation d'un acte administratif, si elle constitue très évidemment le but poursuivi par le demandeur, n'est pas une notion susceptible d'expliquer l'ensemble des effets produits par la décision du juge régulièrement saisi d'une action en excès de pouvoir.

Lorsqu'il faut déterminer les conséquences de cette décision et les cas où l'administration peut refaire l'acte attaqué, force est en effet de constater que *la chose jugée ne dépend pas de l'annulation elle-même,* accordée ou refusée, *mais bien de la cause juridique sur laquelle l'intéressé a choisi de demander cette annulation.* En d'autres termes, la cause de la demande ou celle de l'instance (7) n'est pas l'annulation en soi mais le principe juridique en vertu duquel le requérant a sollicité le juge de la prononcer.

---

(5) Même en droit privé, le problème ne se pose guère que pour le demandeur, sauf le cas des demandes reconventionnelles. Mais, pour des raisons évidentes, les demandes reconventionnelles ne sont pas possibles en matière de recours pour excès de pouvoir; la cause de l'instance ouverte par l'exercice d'une action en excès de pouvoir pose donc un problème qui ne concerne guère que le demandeur.

(6) Cf. P. Weil, thèse précitée.

(7) Ici, elles coïncident forcément, puisque l'on se place par hypothèse au moment du dernier acte de l'instance : la décision juridictionnelle.

Avant d'indiquer la signification qu'il faut déduire de cette jurisprudence, il convient d'en préciser les contours, à la lumière de deux séries de décisions où elle s'exprime.

1. — *L'autorité des arrêts de rejets.*

Lorsque le juge de l'excès de pouvoir a rejeté l'action portée devant lui, il n'en résulte pas que l'acte attaqué soit légal. On l'a vu (8), le requérant garde la possibilité de se pourvoir une seconde fois contre la décision que le juge a refusé d'annuler lors du premier recours; mais il faut alors que la cause juridique de son action soit différente de celle qu'il avait invoquée la première fois.

Ceci prouve à l'évidence que la cause de la demande, et par suite la cause de la décision juridictionnelle, n'est pas l'annulation de l'acte administratif critiqué et doit être cherchée ailleurs, dans le fondement donné à sa prétention par le requérant (9). Les principes adoptés en la matière par le juge de l'excès de pouvoir sont donc les mêmes que ceux prévus par l'article 1351 du Code civil et appliqués par la jurisprudence civile : « L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même, que la demande soit fondée sur la même cause. »

2. — *Le contenu de la chose jugée en cas d'annulation.*

Un arrêt Société des Automobiles Berliet permet d'exposer comment joue la notion de cause lorsque le juge de l'excès de pouvoir annule l'acte qui lui est déféré (10).

On connaît les faits de l'espèce : un premier arrêté ministériel (5 septembre 1944) avait régulièrement nommé un sieur X... administrateur provisoire de la société Berliet; un deuxième arrêté (1er août 1946) nommait un sieur Y... au même poste mais le Conseil d'Etat annulait cet arrêté dans une décision du 22 juillet 1949 (11), parce que, les circonstances ayant changé depuis le 5 septembre 1944, le ministre de la Production industrielle avait commis un excès de pouvoir en maintenant la société Berliet sous le régime de l'administration provisoire. Cependant, le sieur Y... avait été remplacé par un sieur Z... en 1947 et, malgré la décision du Conseil d'Etat, le ministre prit un nouvel arrêté (28 juillet 1949) maintenant Z... en fonction. C'est cet arrêté qui fut annulé par la

(8) Cf. *supra*, p. 288. *Adde :* Mariani (dame), 13 juillet 1956, R. 337.

(9) Cf. *infra*, chap. II.

(10) Société des automobiles Berliet, 22 décembre 1949; S. 1951-3-7, conclusions Guionin, note Mathiot; J.C.P. 1950-1-871, note Charlier; D. 1950-384, note Weil.

(11) Société des automobiles Berliet, 22 juillet 1949, R. 368.

Haute Juridiction dans son arrêt du 22 décembre 1949, pour violation de la chose jugée.

Certes, il était bien connu et de jurisprudence constante que la violation de la chose jugée est assimilée à la violation de la loi comme moyen d'excès de pouvoir. Mais l'affaire Berliet présente néanmoins un très grand intérêt : le Conseil d'Etat a en effet choisi d'annuler le maintien en fonctions de Z... en invoquant l'annulation de la nomination de Y... (12) et s'est fondé, pour ce faire, sur la cause juridique de son précédent arrêt, telle qu'elle ressortait des motifs de ce dernier. Une telle attitude révèle que « les motifs sont plus importants que le dispositif » (13) et fait passer la notion de cause au premier plan.

Il est donc bien évident que la cause juridique de l'annulation n'est pas l'annulation elle-même, car, alors, le Conseil d'Etat n'aurait pu invoquer à l'appui de sa décision un arrêt se prononçant sur la validité d'un acte différent de celui qui lui était soumis. En l'espèce, la Haute Juridiction déclara expressément que la cause de l'annulation était le fait que « l'entreprise ne pouvait être regardée comme privée de ses dirigeants qualifiés ». La cause ainsi définie était également celle de la demande et de l'instance: il faut approfondir ce point.

3. — *La signification de cette jurisprudence.*

Au plan strictement contentieux, la chose jugée produit deux catégories d'effets : *non bis in idem* et *res judicata pro veritate habetur*. Et il est frappant de constater que les mots clés de ces formules (*idem* et *judicata*) sont essentiellement définis par le recours à la notion de cause (14). C'est donc la cause de la décision prise par le juge de l'excès de pouvoir qu'il faut examiner pour

---

(12) Voici les passages essentiels de l'arrêt : « ... Considérant que la décision précitée du Conseil d'Etat (22 juillet 1949) est fondée sur ce qu'à la date du 1er août 1946 l'entreprise ne pouvait plus être regardée comme privée de ses dirigeants qualifiés au sens de la loi du 10 septembre 1940; que cette cause juirdique de l'annulation repose sur les motifs que...; que ces motifs constituent le support nécessaire du dispositif et, par suite, n'en sont pas détachables...; qu'il ressort de l'analyse qui a été faite ci-dessus des motifs de la décision rendue par le Conseil d'Etat le 22 juillet 1949 que le juge de l'excès de pouvoir s'est déjà prononcé sur cette question; que lesdits motifs étant inséparables du dispositif, la contestation que soulève l'administration se heurte désormais à l'autorité qui s'attache à la chose jugée. »

(13) CHARLIER, note précitée.

(14) Certes, il faut aussi faire place à l'objet de la demande et à la qualité du requérant. Mais, d'une part, ces éléments posent rarement des problèmes et, d'autre part, il arrive, comme dans l'affaire Berliet, que l'identité de question concrète en jeu (absence de dirigeants qualifiés) permette de passer outre la différence d'objet de la demande (annulation d'actes différents : nominations de Y... ou de Z...).

déterminer quelle est la portée de l'annulation qu'il prononce ou du refus d'annulation qu'il oppose.

Encore convient-il de préciser ce qu'il faut entendre par cause d'une décision juridictionnelle. Un premier mouvement consiste à dire qu'elle doit être recherchée dans les arguments qui ont emporté la décision du juge; elles serait alors le lien qui existe nécessairement entre le dispositif de l'arrêt et les motifs qui en sont le soutien nécessaire. Sans être inexacte, cette conception est insuffisante car elle ne laisse pas de place à ce qui est selon nous essentiel.

Il apparaît en effet — c'est l'un des intérêts de l'arrêt Berliet de le mettre en valeur — que la cause d'une décision juridictionnelle se définit également par l'ensemble des prétentions et arguments soumis au juge. Certes, ce second élément est intimement lié au premier puisque, précisément, les motifs de la décision sont la discussion des arguments présentés par les parties et que son dispositif est l'admission ou le rejet de la prétention énoncée. Mais il est indispensable de marquer que leur combinaison est nécessaire et permet seule de dégager une conception valable de la cause. On s'en convaincra aisément en examinant la décision Berliet : si le second arrêt du Conseil d'Etat a prononcé l'annulation de l'arrêté ministériel du 28 juillet 1949 pour violation de la chose jugée, ce n'est pas directement à raison du lien existant entre les motifs déterminant de sa première décision (15) ; c'est parce qu'il a jugé s'être déjà prononcé sur la question qui lui était soumise, le lien existant entre la demande de la société Berliet et les arguments qu'elle présentait se révélant, lors du deuxième recours pour excès de pouvoir, identique à celui qui existait lors du premier.

La portée de cette remarque semble importante car il faut en conclure *que la cause de la demande et la cause de la décision juridictionnelle sont, dans le contentieux de l'excès de pouvoir* (16), *une seule et même réalité.* C'est dire que *l'ensemble de l'instance en excès de pouvoir présente une réelle unité, et une unité réalisée sous le signe de la notion de partie.*

Les parties sont en effet libres de donner à leur demande la cause qui leur paraît judicieuse, ce qui serait inconcevable dans le cadre d'un procès fait à un acte. Un tel contentieux ne pouvant avoir qu'une seule cause juridique : l'annulation de l'acte, l'effet

(15) Si cela était, il faudrait en effet admettre que le Conseil d'Etat peut annuler les actes identiques à celui qui lui est déféré, pour violation de la chose jugée; or, il n'en est rien.

(16) La chose est d'ailleurs classique en droit privé.

relatif des arrêts de rejet comme la jurisprudence Berliet y seraient des erreurs juridiques assez considérables.

La position du juge de l'excès de pouvoir en ce qui concerne la prohibition des demandes nouvelles constitue une nouvelle preuve du bien-fondé de notre point de vue.

B. — La prohibition des demandes nouvelles.

1. — *En appel.*

C'est un principe classique qu' « il ne pourra être formé, en cause d'appel, aucune demande nouvelle » (17) ; le fondement en est très solide puisqu'il découle directement de la nature même du double degré de juridiction : soumettre au juge d'appel des questions qui n'ont pas été examinées en première instance aboutirait en effet à supprimer le premier degré de juridiction.

Indiscutée en procédure civile et en plein contentieux, la prohibition des demandes nouvelles devant le juge d'appel (le Conseil d'Etat) n'a été introduite dans le contentieux de l'excès de pouvoir que tardivement (18) ; elle ne pouvait d'ailleurs jouer un rôle qu'après la réforme de 1953 généralisant le double degré de juridiction (19). Aussi bien, le problème n'est-il pas de justifier cette règle, admise par tous les auteurs, mais d'en dégager le contenu et la portée.

a) *Le contenu de la règle.*

S'agissant de définir ce qu'il faut entendre par demande nouvelle, on sait que la doctrinee propose généralement de recourir au critère de l'autorité de la chose jugée : la demande serait nouvelle chaque fois que l'autorité de la chose jugée attachée à la décision de première instance ne permettrait pas de l'écarter.

Aucun problème ne se pose pour les deux premiers éléments de la chose jugée et la jurisprudence civile est unanime à décider que le changement d'objet ou de parties rend irrecevable la demande présentée au juge du second degré (20) ; il en va de même pour le Conseil d'Etat s'il lui est donné de connaître en appel d'une requête attaquant un acte différent de celui qui était critiqué en première instance (21) ou présenté par un requérant agissant en

(17) Article 464 du Code de procédure civile.

(18) Gervais, 20 octobre 1955, R. 504.

(19) Il existait déjà en matière de contentieux fiscal et de litiges individuels concernant les fonctionnaires locaux.

(20) Cf. Granger, *Encyclopédie Dalloz de procédure*, V° Demande nouvelle, n°s 19 à 97.

(21) Chauvet, 27 novembre 1957, R.P.D.A. 1957, n° 434.

une qualité nouvelle par rapport à celle qu'il invoquait devant les premiers juges (22).

En revanche, la question des demandes reposant sur une cause juridique nouvelle est plus complexe. Dans ses conclusions conformes sous la décision Dame Vve Ginestet (23), M. Khan déclarait : « La théorie de l'instance sur laquelle reposent l'immutabilité du litige et l'opposabilité de la chose jugée se doit de rester identique à elle-même dans l'un et l'autre cas »; et le Conseil d'Etat décide qu'une demande reposant sur une cause juridique distincte de celle invoquée en première instance constitue une demande nouvelle, irrecevable en appel (24).

Ce faisant, il adopte une solution différente de celle qui est suivie en procédure civile. On sait en effet que, la distinction entre la cause nouvelle et les moyens nouveaux se révélant d'application trop difficile, un décret-loi du 30 octobre 1935 a complété l'article 464 du Code de procédure civile dans les termes suivants : « Ne pourra être considérée comme nouvelle la demande procédant directement de la demande originaire et tendant aux mêmes fins, bien que se fondant sur des causes ou des motifs différents. » Depuis cette date, le parallélisme entre l'autorité de la chose jugée et la notion de demande nouvelle est donc faussé. La chose est particulièrement nette dans les domaines de la responsabilité civile (25), du bail (26), de la nullité des actes juridiques (27), des privilèges (28), etc. Les tribunaux civils ont donc adopté une conception relativement extensive du décret-loi de 1935 (29).

Mais on ne saurait s'étonner que la jurisprudence administrative s'oriente dans une voie opposée — en considérant comme nouvelles les demandes reposant sur une cause juridique distincte — sans déterminer la portée de la règle ainsi posée.

b) *La portée de la règle.*

Au point de vue théorique, la position adoptée par le Conseil d'Etat apparaît comme la plus satisfaisante pour l'esprit, en introduisant une véritable unité dans la théorie de l'instance en excès

(22) Elections de Bussus-Bussuel, 28 juin 1889, R. 804.

(23) Dame Vve Ginestet, 23 mars 1956, A.J. 1956-2-164, spécialement p. 165, 2e colonne.

(24) Destresse, 17 février 1956, Somm., p. 725.

(25) Passage d'une action contractuelle à une action en responsabilité quasi délictuelle (S. 1937-2-152) ou de l'article 1382 à l'article 1384.

(26) *Bulletin de la Cour de cassation* (chambres civiles), 1950-3-183 et 411; 1951-3-307.

(27) S. 1942-1-150.

(28) G.P. 1938-1-494, conclusions Jousselin.

(29) Cf. Boyreau, *De la prohibition des demandes nouvelles en appel*, thèse Bordeaux, 1945, pp. 98 et suiv., 113 et suiv.

de pouvoir. La lecture des conclusions précitées de M. Khan révèle que c'est bien le souci d'une construction théorique claire et précise qui a inspiré la Haute Juridiction : « Il est doublement important de définir la demande nouvelle, d'abord pour l'édification des premiers juges, aux yeux de qui vos décisions ont une valeur exemplaire et qui auront à faire application, pour leur compte, du principe de l'immutabilité du litige, ensuite parce que c'est par la voie de l'appel que vous seront soumis la plupart des litiges et qu'il convient de déterminer quelles demandes peuvent être portées devant le juge d'appel. » Dans cet esprit, il était logique d'introduire une symétrie, ou plutôt une identité, entre le contenu de la chose jugée et celui des demandes nouvelles.

Cette jurisprudence a été possible parce que, au point de vue pratique, le Conseil d'Etat ne se trouvait pas dans la même situation que les tribunaux judiciaires. La réforme de 1935 semble avoir été réalisée pour permettre aux plaideurs d'invoquer en appel l'article 1384 du Code civil après avoir échoué en première instance sur le fondement de l'article 1382, la Cour de cassation ayant en effet décidé que ces deux textes constituaient des causes juridiques distinctes (30) et les cours d'appel manifestant une certaine répugnance à la suivre. D'autre part, la distinction des moyens nouveaux et de la cause nouvelle apparaissait trop complexe. Or, la première de ces raisons (combinaison des articles 1382 et 1384) n'existe pas dans le contentieux de l'excès de pouvoir, et la seconde ne s'y est pas encore manifestée.

Nous pensons donc que, dans toute la mesure où la jurisprudence administrative parviendra, en matière d'excès de pouvoir, à distinguer clairement les moyens de la cause, la prohibition des demandes nouvelles en appel sera maintenue; mais, si elle échouait dans cette tâche, il est à penser qu'elle reviendrait sur ses décisions en matière de cause pour se rapprocher des solutions données par le Code de procédure civile : moins juridiques certes, ces dernières sont cependant inévitables quand la complexité du droit applicable et la résistance spontanée des plaideurs imposent de choisir entre le strict juridisme et l'équité.

Mais on est loin d'en être là en matière de recours pour excès de pouvoir et l'utilisation de la notion de cause pour définir les demandes nouvelles y semble au contraire fort opportune. Son domaine d'élection est d'ailleurs la première instance plus que l'appel.

(30) Cass. civ., 28 avril 1927, S. 1927-1-321, note CHAGREVIN.

2. — *En première instance.*

Le problème est ici plus spécial au contentieux administratif. En procédure civile, il est certes interdit aux parties d'ajouter à leur demande initiale une demande additionnelle reposant sur une cause juridique distincte une fois les conclusions définitives déposées; mais cette règle, qui est constante en jurisprudence, est d'importance relativement mineure puisque les parties restent libres de procéder par voie d'assignation nouvelle. La règle d'immutabilité de la demande est donc en général peu gênante (31) ; il n'en irait autrement que si un plaideur négligent avait attendu le dernier moment pour intenter son action et voyait ainsi opposer à la recevabilité de sa nouvelle assignation l'expiration d'un délai de prescription ou de forclusion.

C'est précisément l'existence d'un délai d'action très bref qui pose le problème en matière d'excès de pouvoir (32). Obligé de se pourvoir dans les deux mois contre l'acte administratif qui leur fait grief, les requérants avaient pour habitude de déposer une requête sommaire à l'effet de saisir le juge de l'excès de pouvoir et ne développaient l'ensemble de leurs arguments que dans un mémoire ampliatif présenté après l'expiration du délai de recours contentieux; le Conseil d'Etat admettait cette pratique, qu'il semblait même favoriser (33).

Mais, depuis la décision Société Intercopie (34), la Haute Juridiction a décidé que le juge de l'excès de pouvoir ne pouvait se prononcer sur les moyens du mémoire ampliatif que dans la mesure où ils reposaient sur la même cause juridique que celle implicitement exprimée dans la requête sommaire et fondant les moyens de cette dernière (35). Dès lors, le cercle était fermé : de la demande initiale à la décision juridictionnelle, une grande unité était introduite dans le contentieux de l'excès de pouvoir, sur la base de la cause.

---

(31) Cf. Azard, *L'immutabilité de la demande en droit judiciaire français*, thèse Paris, 1936.

(32) En plein contentieux, le délai est de quatre ans (déchéance quadriennale) ; le procès peut donc reprendre sur une nouvelle base après, car actuellement, les tribunaux administratifs statuent en moins de quatre ans.

(33) Cf. Odent, p. 392.

(34) Société Intercopie, 20 février 1953, R. 88.

(35) Chambre de commerce de Brazzaville, 19 mars 1954, R. 167; Monceau, 30 avril 1954, R.P.D.A. 1954, n° 234; Fage, 14 mai 1954, R.P.D.A. 1954, n° 264; Société des forges et aciéries de Saint-François, 15 juillet 1954, R. 482; Syndicat national du commerce des métaux, 25 février 1955, R. 122; Brenier, 1er juillet 1955, R. 376; min. Anciens combattants, 1er août 1955, R. 267; dame Vve Ginestet, 23 mars 1956, A.J. 1956-2-164; Goumin, 25 avril 1956, Somm., p. 725, etc.

Certes, il n'y a rien là d'extraordinaire; la même unité existe dans les litiges de droit privé, dans le plein contentieux (36) et le droit fiscal (37). Mais le retard mis par le juge de l'excès de pouvoir à adopter ces solutions leur donne un relief plus marqué et autorise à conclure que le pas a été franchi sciemment. Comme le notent des commentateurs particulièrement autorisés, « cette extension était logique et s'imposait, parce que le contentieux de la légalité, en dépit de son caractère théoriquement objectif, est fondé, dans le système juridique fançais, sur la mise en œuvre de procédures qui sont laissées à l'initiative des intéressés » (38). C'est dire que la notion de cause joue, et doit être comprise, dans le cadre d'un procès entre parties.

Il en va d'autant mieux ainsi que les effets de la notion de cause débordent le cadre de l'instance.

§ 2. — La jurisprudence relative à la cause en dehors du cadre de l'instance.

L'instance commence au jour où les parties saisissent le juge de leurs prétentions pour se terminer avec le prononcé du jugement définitif. Mais, en matière d'excès de pouvoir plus spécialement, l'instance est « encadrée » d'actes qui en sont le préliminaire ou le prolongement : les recours administratifs préalables et la demande éventuelle d'une indemnité à l'administration pour la faute qu'elle a commise en édictant l'acte illégal.

S'il fallait considérer le recours pour excès de pouvoir comme un procès objectif, il est certain que le lien entre les recours préalables, l'action ultérieure et l'instance en excès de pouvoir serait considéré comme existant dès lors que les différentes requêtes du demandeur portent sur le même acte. Or la jurisprudence du Conseil d'Etat révèle qu'il n'en est rien et que ce lien n'existe que dans la mesure où la cause juridique des requêtes apparaît identique. C'est dire que la cause telle qu'elle est choisie par le requérant imprègne l'ensemble des actes qu'il fait à l'encontre d'une décision administrative, et admettre par là que le requérant est traité par la jurisprudence comme une véritable partie.

---

(36) Jourda de Veaux, 16 mai 1924, R. 483; Le Margat, 19 juillet 1933, R. 810.

(37) Jurisprudence constante; cf., par exemple : sieur R..., 6 mars 1955, R. 142; dame D..., 7 mai 1955, R. 247; min. Finances, 15 novembre 1955, R. 542.

(38) Fournier et Braibant, « La notion de cause dans le contentieux de la légalité », A.J. 1956-2-223, spécialement p. 224, 1re colonne, *in fine*.

1. — *Le rôle de la cause antérieurement à l'instance en excès de pouvoir.*

On sait que le cours du délai pour agir en excès de pouvoir peut être interrompu si le requérant a intenté, préalablement à son recours contentieux, un recours gracieux ou hiérarchique et que, d'autre part, ce délai ne commence à courir que du jour où la décision qu'il attaque a été portée à la connaissance du demandeur. Mais, ces règles ne sont applicables que dans la mesure où la cause juridique de la demande est la même que la cause des actes antérieurs.

La prolongation du délai de recours. L'exercice d'un recours porté devant l'administration ou devant un tribunal incompétent ne conserve le délai contentieux que dans la mesure où sa cause est la même que celle du recours pour excès de pouvoir qui lui fait suite. Cette règle a été appliquée dans une décision Etablissements Cotelle et Foucher (39) ; si la lecture de cet arrêt ne le révèle pas directement, MM. Kahn (40), Fournier et Braibant (41) le disent expressément. Elle se retrouve d'ailleurs dans les litiges de pleine juridiction où la décision préalable doit, pour lier utilement le contentieux, reposer sur la même cause juridique que le recours qui lui fait suite.

Le point de départ du délai de recours. Un arrêt Charles, rendu aux conclusions de M. Laurent (42) utilise encore la notion de cause. Une décision administrative était entachée d'incompétence, mais elle avait été publiée au *Journal Officiel* sous forme d'extraits, sans mention des autorités administratives qui l'avaient signée. Le Conseil d'Etat admit que « le sieur Charles, bien que sa requête ait été enregistrée plus de deux mois après ladite publication, est recevable à attaquer les arrêtés susvisés par le moyen de ce qu'ils n'ont pas été signés par le ministre des Finances ». Ce faisant, il ne revenait pas totalement sur sa jurisprudence suivant laquelle la connaissance tardive d'un vice de la décision attaquée ne saurait relever la requête de la forclusion qu'elle en encourue (43) ; il la nuançait simplement, en introduisant la notion de cause.

C'est en effet parce que la cause de la demande se trouvait dans le vice qui n'avait pas été révélé du fait de la publication incom-

(39) 9 janvier 1956, R. 11.

(40) Conclusions sous dame Vve Ginestet, précitées; M. Kahn avait conclu dans l'espèce Cotelle et Foucher.

(41) *La notion de cause dans le contentieux de la légalité*, précité.

(42) 1er juillet 1955, A.J. 1955-2-302. Pour une très vive critique, cf. observations Fournier et Braibant, A.J. 1955-2 *bis*-18.

(43) Cf., par exemple, Herteler, 26 mars 1952, R. 798.

plète que le requérant fut admis à se pourvoir après l'expiration du délai de deux mois. Il faut donc admettre que le point de départ du délai contentieux, s'il est généralement unique pour le même acte et le même requérant (44), peut cependant être différent à propos du même acte suivant la cause juridique du litige engagé.

Paraphrasant la formule employée par Hauriou (45), il est donc permis de penser que sous les formes diverses des recours préalables se cache une seule et même réalité qui est celle de la cause du droit dont le requérant demande une sanction au juge de l'excès de pouvoir. La notion de cause se révèle ainsi déborder le cadre de l'instance, en déterminant la portée des actes effectués par le demandeur avant de saisir le juge. Il en résulte très certainement que l'instance elle-même ne peut être considérée comme un procès fait à un acte, car, si cela était, tout recours préalable contre cet acte conserverait le délai contentieux et le point de départ du délai serait unique contre le même acte, la jurisprudence précitée apparaissant comme une curieuse aberration.

2. — *Le rôle de la cause postérieurement à l'instance en excès de pouvoir.*

En présence d'un acte administratif qui lui fait grief et qui lui paraît illégal, le particulier peut utiliser deux actions : le recours en annulation, le recours de plein contentieux pour obtenir une indemnité à raison de la faute commise par l'administration en agissant illégalement. Mais, étant données la lenteur de la juridiction administrative et les règles de la déchéance quadriennale, il peut arriver que l'action en indemnisation soit tardive, si le demandeur a attendu pour l'intenter que son recours pour excès de pouvoir ait été jugé. Le problème se pose alors de savoir si le recours pour excès de pouvoir doit être considéré comme interruptif de la déchéance quadriennale.

Après quelques hésitations (46), le Conseil d'Etat s'est prononcé pour la négative (47). Il faut préciser la portée de sa jurisprudence en la matière avant d'en dégager la signification.

On savait certes que le cours de la déchéance quadriennale ne pouvait être interrompu que par une action en justice mettant en

(44) Pour les exceptions sur ce point, cf. *supra*, p. 192.

(45) Note sous Raynaud, 25 mai 1928, S. 1929.3.81, *supra*, p. 197.

(46) Sieur Delmas, 30 septembre 1942, R. 267; dame Vve Bancel, 30 octobre 1947, R. 553; Sorgniard, 30 octobre 1953, R. 462.

(47) Commune d'Orcières, Section, 16 décembre 1955, A.J. 1956-2-26 (conclusions Laurent) et 1-21 (observations Coulet) ; Ville de Bastia, 11 décembre 1957, R.P.D.A. 1957, p. 177 (conclusions Laurent).

cause la personne publique responsable ou présumée telle (48), et reposant sur la même cause juridique que la créance (49) ; mais le recours pour excès de pouvoir était précisément considéré comme une action d'une telle nature (50), parce que la cause de la demande d'indemnité apparaissait la même que la cause de la demande d'annulation : l'illégalité de l'acte administratif intervenu. Il n'en est plus rien désormais, sauf les cas particuliers où l'annulation d'un acte administratif est de nature à créer, *ipso facto*, un droit à indemnité pour le requérant (51).

Dans les conclusions qui ont déterminé le Conseil d'Etat, M. Laurent a justifié ce revirement en remarquant que « l'action en justice n'a d'effet interruptif que si elle répond à deux conditions cumulées : l'identité de cause juridique et l'identité d'objet ». Même si elle repose sur la même cause, l'action en excès de pouvoir n'a pas le même objet que l'action en responsabilité; elle ne saurait dès lors interrompre la prescription affectant le cours de cette dernière.

La limite ainsi tracée au rôle que peut jouer la cause de l'action en excès de pouvoir manifeste aussi, pour sa part, que le recours pour excès de pouvoir n'est pas un procès fait à un acte. S'il en était ainsi, il faudrait en effet décider qu'il interrompt le cours de la déchéance quadriennale car il aurait seulement pour objet de prouver l'illégalité de l'acte attaqué; l'annulation prononcée par le juge aboutirait ainsi à créer une novation juridique, permettant de rattacher la naissance de la créance d'indemnité à l'exercice au cours duquel a été prononcée l'annulation (52). Mais il n'en est rien. C'est donc que l'action en excès de pouvoir ne réalise pas un procès fait à un acte mais au contraire un litige entre parties; dès lors, c'est à juste titre qu'elle n'interrompt pas le cours de la déchéance quadriennale car il est, en effet, tout différent de demander au juge la condamnation à une obligation de faire (annulation

(48) Compagnie Les Messageries Maritimes, 3 février 1932. S. 1932-3-63, et jurisprudence constante; cf., par exemple : Auzolles, 14 mai 1952. R. 253; Roulleau, 19 mai 1954, A.J. 1954-2-307.

(49) Cf., par exemple : Colonna de Cinarca et Tagnati, 20 octobre 1954, Somm., p. 761.

(50) Delmas, Vve Bancel, précités.

(51) Jurisprudence Lafage; il faut y ajouter des hypothèses comme celles de l'arrêt Delmas (précité) : la collation d'un grade dans la Légion d'honneur entraînant automatiquement droit au traitement, le recours pour excès de pouvoir contre un refus de collation est de nature à interrompre le cours de la déchéance en ce qui concerne la créance du traitement.

(52) Cf., en ce sens : LAURENT, conclusions sous commune d'Orcières, précitées.

de l'acte) ou à une obligation de réparer (attribution d'une indemnité).

Aussi bien d'ailleurs, le Conseil d'Etat admet-il que le succès d'une action en indemnité n'empêche pas le demandeur, si les délais ont été rouverts, de demander ultérieurement l'annulation de l'acte qui lui fait grief (53).

Section II

LA JURISPRUDENCE RELATIVE A LA CAUSE CONFIRME QUE LE RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR EST UN RECOURS SUBJECTIF

De même que l'utilisation de la notion de cause par le Conseil d'Etat révèle que le recours pour excès de pouvoir ne peut pas être considéré comme un procès fait à un acte, de même, et toujours de façon négative, elle révèle que l'exercice pour un plaideur de l'action en excès de pouvoir n'ouvre pas un litige objectif. On pourrait en effet concevoir que le contentieux de la légalité donne lieu à de véritables procès entre parties, mais à des procès uniquement objectifs, c'est-à-dire ne posant au juge que des questions abstraites de légalité.

S'il en était ainsi, la cause de l'action devrait, et ne pourrait, se définir que par rapport à l'illégalité prétendue de l'acte. Or ce n'est pas ainsi que procède le Conseil d'Etat. Avant de chercher à dégager quel est exactement le contenu positif et concret de la notion de cause (54), il faut préciser qu'elle n'est pas définie objectivement.

Deux techniques auraient été possibles. La question posée au juge est celle de savoir si, abstraitement, l'acte attaqué est conforme au système de normes qu'il devrait respecter, ou compatibles avec elles, et la mission du juge est d'annuler cet acte s'il se révèle illégal. Dès lors, la décision prise (annulation) étant étroitement liée à la constatation d'une illégalité, la cause de l'action peut être trouvée soit dans les conclusions, soit dans les moyens. Mais aucune de ces deux attitudes n'a été adoptée.

§ 1. — La cause de l'action en excès de pouvoir ne se définit pas par les conclusions.

Un premier procédé possible aurait en effet consisté à définir la cause de l'action en excès de pouvoir par les conclusions. La

(53) Sieur Nel, 13 février 1957, R. 102.
(54) Cf. *infra*.

cause de l'annulation devenait alors l'annulation elle-même. Rien de plus naturel dans un contentieux purement objectif. C'est d'ailleurs le point de vue qu'adopta un temps la doctrine civiliste à propos des actions en nullité du droit privé. Cette solution aurait conduit à une notion de la cause facile à définir et d'application quasi automatique : dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir donné, tous les moyens auraient pu être présentés à tous les stades de la procédure, et la notion de demande nouvelle n'aurait pas trouvé place. Mais en revanche, une fois la décision définitive intervenue, aucun recours nouveau n'eût été possible. Sans aucune utilité à l'intérieur d'un recours donné, la cause aurait donc été un obstacle insurmontable si le requérant avait voulu présenter la même requête après un premier rejet.

Il va sans dire que cette notion de la cause s'accorderait parfaitement avec la théorie du recours pour excès de pouvoir conçu comme un recours purement objectif : aucun droit n'est réclamé, aucune question subjective n'est posée au juge; il s'agit seulement de savoir si un acte est ou non illégal, et, dans la mesure où il l'est, d'en prononcer l'annulation. C'est cette annulation qui est la cause du recours.

Mais précisément, nous l'avons dit à propos de chacun des cas où la cause est utilisée par le juge de l'excès de pouvoir, il est impossible de se rallier à cette conception, qui ne rend absolument pas compte de la jurisprudence. Ce n'est donc pas l'Illégalité de l'acte (avec un grand I) qui est la cause de l'action en excès de pouvoir, ce n'est pas le fait qu'il méconnaisse l'ensemble des règles qu'il aurait dû respecter et que, de cette méconnaissance, le juge tire aussitôt la conséquence prévue par notre système juridique : l'annulation.

Dès lors, le recours pour excès de pouvoir n'apparaît pas, de ce premier point de vue, comme un recours objectif.

§ 2. — La cause de l'action en excès de pouvoir ne se définit pas par les moyens.

Une autre définition de la cause est possible, qui se rattacherait à l'illégalité invoquée contre l'acte attaqué; elle serait alors donnée par les moyens qu'a soulevés le requérant. Dans cet esprit, chacun des cas d'annulation devient une cause juridique distincte. Très défavorable au demandeur dans le cadre du litige ouvert par son action, cette conception lui serait, au contraire, favorable en ce qui concerne les recours ultérieurs qu'il peut intenter. En effet, définir la cause de l'action en excès de pouvoir par l'illégalité soulevée dès l'abord, c'est empêcher les parties de se prévaloir d'une illégalité

certaine mais découverte après l'expiration du délai de recours et leur permettre, après une premier arrêt de rejet, de reprendre leur prétention sur une base nouvelle, en invoquant une autre illégalité. Cette « faveur » accordée aux parties se révèle d'ailleurs très légère parce que, en fait, les hypothèses où un nouveau recours pour excès de pouvoir reste possible après l'échec d'une première tentative sont très rares; il y faut des circonstances aussi exceptionnelles que la réouverture des délais de recours par une loi d'amnistie.

Une telle définition resterait dans la ligne d'une conception objective du recours pour excès de pouvoir. Etant donné en effet qu'il est insoutenable de prétendre que les particuliers ont un véritable droit subjectif au respect de la légalité par l'administration (55), la cause de leur action serait bien objective puisqu'elle se résoudrait, en définitive, à une ou plusieurs illégalités.

Mais la jurisprudence du Conseil d'Etat ne s'est pas ralliée à cette conception et se refuse à considérer comme des causes distinctes chacune des illégalités qu'il est possible de relever à l'encontre d'un acte administratif donné (56). Aussi bien, la remarque de M. Kahn nous semble-t-elle pleinement justifiée : la cause « est une notion qui, ou bien transcende la notion de moyen, ou bien n'a pas de sens » (57).

Il nous semble résulter de ces développements que la notion de cause consacre *a contrario* le caractère subjectif du recours pour excès de pouvoir puisque aucune des définitions auxquelles conduiraient les conséquences logiques de son caractère objectif ne se trouve adoptée par la jurisprudence. Mais il faut bien entendu compléter l'analyse, en s'efforçant de cerner le contenu positif de la cause en jurisprudence.

(55) Cf. *supra*, p. 235.

(56) Pour un exemple particulièrement net, cf. Troppi, 22 novembre 1957, R.P.D.A. 1957, n° 433.

(57) Conclusions sous dame Vve Ginestet, précitées.

CHAPITRE II

LA CAUSE DE LA DEMANDE EST LE STATUT JURIDIQUE INVOQUE PAR LE PLAIDEUR

(nature de la cause)

Si la nature juridique d'un recours pour excès de pouvoir ne peut se définir ni par les conclusions déposées par les parties, ni par les moyens que ces dernières invoquent, il résulte pourtant de la jurisprudence que le Conseil d'Etat a « adopté un système intermédiaire dans lequel... la cause se trouve à mi-chemin entre la conclusion et le moyen » (1). C'est ce système dont il convient maintenant d'effectuer successivement l'analyse et la synthèse, en recherchant quels sont les éléments positifs de la notion de cause et quelles conclusions il faut tirer de cet examen. Nous aurons ainsi la possibilité de vérifier que le recours pour excès de pouvoir donne lieu à un contentieux subjectif.

Section I

LA CAUSE DE LA DEMANDE : ANALYSE DE SES ÉLÉMENTS

L'analyse concrète des composantes de la notion de cause se révèle, de prime d'abord, délicate, pour trois raisons d'ordre prati-

(1) Fournier et Braibant, A.J. 1956-2-224, 1re colonne, § 3.

que. D'une part en effet, et quoique très évidement chaque recours pour excès de pouvoir repose sur une cause juridique qui lui est propre, le Conseil d'Etat ne dégage et n'utilise cette notion que dans certains cas dont la fréquence est relativement faible (2). D'autre part, dans la grande majorité de ces cas, il dit : « Telle demande repose sur une cause juridique distincte » et non « telle demande repose sur la même cause que la demande initiale », ce qui laisse souvent planer le doute sur la nature de la cause : on sait ce qu'elle n'est pas, mais on ignore ce qu'elle est. Enfin, l'introduction de la notion dans le contentieux de la légalité est encore trop récente pour que le juge de l'excès de pouvoir ait résolu toutes les questions dont une analyse complète devrait utiliser les solutions.

Mais il est cependant possible de marquer que plusieurs solutions semblent déjà acquises et, ce qui est encore beaucoup plus important, que plusieurs catégories de solutions sont déjà créées par la jurisprudence. Un point apparaît certain : la cause se dégage par l'analyse des moyens; après l'avoir rapidement exposé, il faudra étudier le régime des deux sortes de moyens dont la combinaison définit la cause d'une demande donnée : les moyens soulevés par les parties, les moyens d'ordre public.

§ 1. — La cause se dégage par l'analyse des moyens.

Nous l'avions laissé prévoir (3) ; il faut maintenant le préciser. La jurisprudence ne considère pas chacun des arguments présentés par les parties à l'appui de leur action comme constituant autant de causes distinctes, mais il est bien évident que c'est à travers les moyens qu'il faut rechercher une définition de la cause; ceux-ci ne sont en effet rien autre que l'expression contentieuse de celle-là, même si celle-là ne se laisse pas ramener à ceux-ci.

1. — *Les moyens sont l'expression contentieuse de la cause.*

Du moment que la demande des parties repose sur une cause, et du moment que cette cause n'est pas l'annulation ou la demande d'annulation, il n'y a de recherche possible que du côté des moyens. Aussi bien n'y a-t-il rien là que de très logique. La raison d'être du recours pour excès de pouvoir étant de faire valoir la demande adressée au juge par le requérant, il est parfaitement normal que la cause de cette demande, d'une part limite le genre de moyens qu'il est possible d'invoquer, d'autre part et surtout s'exprime dans

(2) Elle est d'ailleurs encore plus faible en droit privé.
(3) Cf. *supra*, pp. 300 et suiv.

les arguments soumis à l'appréciation du tribunal. Cette proposition semble incontestable; elle est d'ailleurs valable pour toute action en justice.

Dès lors, la recherche de la cause pour une action donnée peut légitimement s'effectuer en scrutant les moyens soulevés par les parties. Certes, il serait beaucoup plus simple que les plaideurs indiquent eux-mêmes la cause de leur action et présentent éventuellement plusieurs requêtes s'ils estiment que leur but (annulation d'un acte administratif) peut être atteint pour plusieurs causes. M. Kahn les a invités à entrer dans cette voie (4). Aussi longtemps que l'on n'en sera pas là, c'est à un travail d'exégèse que devront se livrer les membres des tribunaux administratifs pour déterminer, en cas de besoin, la ou les causes juridiques attribuées à sa demande par le requérant; ils pourront le faire par l'examen des moyens, et par lui seul.

2. — *Mais la notion de cause ne se laisse pas ramener aux moyens.*

D'autre part, en effet, il est certain que la cause d'un recours pour excès de pouvoir n'est pas toute entière exprimée dans les moyens invoqués. La seule mention des moyens d'ordre public qui, par définition, sont considérés comme se rattachant toujours à la demande le montrerait à elle seule. Il faut également marquer qu'un moyen donné exprime rarement la totalité de la cause. Ce point sera traité plus en détail en examinant les principaux arrêts.

D'autre part et surtout, il faut distinguer soigneusement deux problèmes bien distincts : celui qui consiste à déterminer quelle est la cause d'un recours pour excès de pouvoir donné et celui, plus difficile et d'un autre genre, qui consiste à rechercher quelle est la nature de la notion de cause dans le contentieux de l'excès de pouvoir. La somme des solutions données par la jurisprudence au premier problème donne de précieuses indications pour résoudre le second, mais il faut évidemment s'élever au-dessus des cas d'espèces, même groupées en catégories, pour dégager une notion générale.

3. — En conséquence, on voit comment se pose le problème : lorsqu'elle a eu à faire application de la notion de cause dans une espèce précise, la jurisprudence s'est attachée aux moyens présen-

(4) Conclusions sous dame Vve Ginestet, précitées. Quoique très juridique, ce serait beaucoup exiger des plaideurs et, pendant longtemps encore croyons-nous, le Conseil d'Etat admettra la validité de conclusions contenant en réalité deux demandes distinctes ayant un même objet, mais reposant sur des causes différentes.

tés par le demandeur, pour en extraire la cause juridique qu'ils exprimaient. Et, dans le cadre de cette section, nous nous efforcerons de faire le point des résultats acquis dans ce domaine, en sachant qu'il n'y a là qu'une première démarche, visant à réunir les matériaux nécessaires à une étude plus synthétique.

§ 2. — Les moyens soulevés par les parties.

Suivant une formule de M. Guionin (5), formule que semblent avoir implicitement adoptée les commissaires du gouvernement : « La cause ne s'identifie pas avec le moyen qui en est le support; elle le dépasse et le déborde, puisqu'elle constitue la catégorie dont le moyen n'est qu'un élément, ou, si l'on veut, un mode particulier d'expression ». Pour prendre une comparaison plus prosaïque, « il n'y a pas de fumée sans feu », et, toutes choses égales d'ailleurs, les moyens représentent assez bien la « fumée » visible qui laisse présager l'existence et la localisation d'un « feu » invisible, la cause.

Le problème est donc, en contemplant la fumée, de savoir quelle est la nature du feu qui la produit; en examinant l'élément, de déterminer la catégorie d'où il est issu. Pour résoudre les problèmes techniques qui se posaient à elle (6), la jurisprudence a, d'ores et déjà, défini deux grandes catégories juridiques, deux séries de « feux ». Après avoir exposé les résultats de son effort sur ce point, il faudra rechercher si l'analyse ne doit pas être poussée plus loin, si ces deux catégories représentent des résultats acquis et satisfaisants ou si elles constituent seulement les cadres d'une recherche qui ira en s'approfondissant.

A. — Les catégories créées par la jurisprudence : illégalité externe, illégalité interne.

Dans sa note sous la décision Intercopie, M. Letourneur qui avait conclu dans l'affaire déclarait (7) : « Il résulte de notre décision qu'un moyen de forme, un moyen de procédure, repose sur une cause juridique distincte de celle d'un moyen de légalité interne. » Ce point de vue a, depuis, été repris, notamment par MM. Laurent (8) et Long (9), tandis que M. Kahn (10), Fournier et Brai-

(5) Conclusions sous Grundberg, Section, 12 juillet 1955, R. 407.
(6) Cf. *supra*, chap. I^er^.
(7) S. 1953-3-74.
(8) Conclusions sous Charles, 1^er^ juillet 1955, A.J. 1955-2-302; conclusions sous Brenier, Section, 1^er^ juillet 1955, inédites.
(9) Conclusions sous Société française de transports Gondrand frères, 11 mai 1956, A.J. 1956-2-247.
(10) Conclusions sous dame Vve Ginestet, précitées.

bant (11), préféraient remonter aux sources en invoquant l'étude de M. Gazier (12) qui, semble-t-il, avait inspiré la décision Intercopie; pour sa part, M. Guionin (13) s'efforçait de trouver une solution dans une recherche d'ordre plus théorique.

Leurs conclusions ont conduit le Conseil d'Etat à poser une règle générale qui repose sur un fondement théorique indiscutable.

1. — *La jurisprudence : les moyens de forme et les moyens de fond reposent sur des causes juridiques distinctes.*

Lorsqu'il a eu à faire application de la notion de cause, en premier ressort ou, plus rarement (14), en appel, le Conseil d'Etat a toujours décidé qu'il fallait considérer comme se rattachant à des causes différentes les moyens concernant la légalité interne de l'acte (moyens de fond) et les moyens concernant sa légalité externe (moyens de forme) ; en conséquence, il a traité comme nouvelles les demandes soutenues par des arguments reposant ainsi sur des causes distinctes. Il n'y a pas à revenir sur ces points, qui ont été largement débattus dans nos développements précédents; il faut seulement montrer que la jurisprudence consacre bien cette distinction.

Les seuls problèmes posés par cette analyse sont d'ailleurs d'ordre matériel : recherche des arrêts que la lecture des tables ne permet pas toujours de déceler, difficulté de connaître exactement les circonstances de l'espèce quand les conclusions n'ont pas eté publiées (15) ; mais l'analyse juridique est elle-même très simple, si simple qu'elle se résout au fond en une énumération.

Ainsi, le Conseil d'Etat a décidé que le demandeur ne pouvait, sans donner une cause juridique nouvelle à sa demande, invoquer un détournement de pouvoir après l'expiration des délais de recours s'il s'était initialement borné à soutenir que la décision avait été prise par une procédure irrégulière (16) ; et, inversement, qu'il ne pouvait se prévaloir d'une irrégularité dans l'élaboration du tableau d'avancement critiqué après avoir donné comme seule base à sa requête l'existence d'un détournement de pouvoir (17).

De même la Haute Juridiction a-t-elle considéré que des « prétentions relatives à la régularité de la procédure préalable à la

(11) *La notion de cause dans le contentieux de la légalité*, précité.

(12) « Essai de présentation nouvelle des ouvertures du recours pour excès de pouvoir en 1950 », E.D. 1951, p. 77.

(13) Conclusions sous Grundberg, précitées.

(14) Mais la proportion ne saurait tarder à s'inverser.

(15) Trop souvent, de surcroît, les arrêts ne sont publiés au *Lebon* qu'en sommaire.

(16) Chambre de commerce de Brazzaville, 19 mars 1954, R. 167.

(17) Goumin, 25 avril 1956, R., Somm., 725.

mesure de dégagement des cadres contestée » (18), à la régularité de la procédure suivie dans l'élaboration d'un décret (19), au défaut de compétence d'un conseil (20), à la compétence du signataire d'un arrêté ministériel (21), à l'irrégularité d'une procédure d'épuration (22), au défaut de qualité de la personne présidant un jury (23), reposaient sur une cause juridique distincte de celle qui se dégageait des moyens initialement soulevés par le demandeur, moyens qui, dans chacune de ces diverses hypothèses, concernaient le fond même du droit en invoquant à l'encontre de la décision attaquée la violation de la loi ou le manque de base légale. A l'inverse, mais toujours en application des mêmes règles, il fut décidé que le demandeur ne pouvait, après s'être borné à contester la légalité externe de la décision critiquée, présenter des moyens de fond : fausse appliccation de la loi (24), violation de la loi (25), manque de base légale (26).

Le véritable problème est de dégager le fondement de cette jurisprudence.

2. — *Le fondement théodique de cette jurisprudence est indiscutable.*

Il faut développer un peu ce point car il ne ressort pas directement des arrêts, ni même des conclusions telles qu'elles ont été publiées. Les commissaires du gouvernement qui ont conclu dans les affaires précitées ont en effet manifesté une grande modestie et exprimé quelque doute sur la valeur du système qu'ils préconisaient; par exemple, M. Kahn déclarait (27) : « Nous ne prétendons pas vous proposer un critérium de valeur universelle; il s'en faut de beaucoup. Nous essayons seulement de traduire en termes juridiques ce qui peut, en fait, distinguer deux demandes ». Ils n'avaient du reste pas tout à fait tort car, par l'effet d'un singulier paradoxe,

(18) Monceau, 30 avril 1954, R.P.D.A. 1954, n° 234.
(19) Fage, 14 mai 1954, R.P.D.A. 1954, n° 264.
(20) Société des forges et aciéries de Saint-François, 15 juillet 1954, R. 482.
(21) Charles, 1er juillet 1954, R. 379.
(22) Muller, 27 janvier 1955, R. 41.
(23) Brenier, 1er juillet 1955, R. 376.
(24) Société Intercopie, 20 février 1953, R. 88; dame Vve Ginestet, précité; Gervais, 28 octobre 1955, R. 504.
(25) Grundberg, 12 juillet 1955, R. 407.
(26) Nous ne connaissons pas de jurisprudence pour ce dernier moyen, sans doute parce que les plaideurs omettent rarement d'invoquer le manque de base légale qui est une illégalité des plus apparentes. Mais il paraît certain que le Conseil d'Etat considérerait comme irrecevable le moyen présenté trop tard et reposant sur le défaut de base légale, alors que la cause initiale était l'illégalité externe de l'acte.
(27) Conclusions sous dame Vve Ginestet, précitées.

tout semble s'être passé comme si le Conseil d'Etat avait trouvé la solution d'intuition tandis que la justification échappait à son analyse, ce qui explique les hésitations des commissaires du gouvernement.

Très évidemment, le fondement de la jurisprudence doit être recherché dans une différence qui oppose l'illégalité interne et l'illégalité externe d'un acte administratif; mais la nature et la base de cette différence peuvent être déterminées de deux manières.

a) *Le fondement erroné : les illégalités distinguées par leurs effets.*

Il résulte des apparences de la jurisprudence comme des conclusions que le Conseil d'Etat aurait entendu définir la cause, ou plutôt les causes possibles, comme « des familles de moyens nettement distincts et d'effets différents » (28). Dès lors, les moyens concernant une illégalité externe de l'acte attaqué reposeraient sur une cause juridique distincte de ceux qui visent une illégalité interne parce que l'annulation d'un acte en la forme autoriserait l'administration à reprendre le même acte en respectant les formes régulières tandis que l'annulation au fond empêcherait l'acte d'être refait.

Cette analyse nous paraît insuffisante sinon inexacte, pour au moins deux raisons.

D'une part, elle résout la question par la question. On sait en effet que « pour savoir dans quelle mesure l'acte peut être refait, il faut se reporter à... la cause de l'arrêt d'annulation » (29). Définir la cause de l'annulation (30) par ses effets et les effets de l'annulation par sa cause apparaît donc comme une explication en forme de trompe-l'œil.

D'autre part, et cette remarque découle de la précédente dont elle consitue un approfondissement, il est des cas où l'administration peut refaire l'acte quoi qu'il ait été annulé pour illégalité interne; ainsi par exemple l'annulation au fond d'une sanction disciplinaire pour inexactitude matérielle des faits laisse la possibilité de prendre une sanction contre le même agent à raison de faits intervenus dans la même affaire et matériellement exacts. l'acte annulé par manque de base légale peut être refait si l'administration découvre ultérieurement le texte qui l'autorise et que le juge de l'excès de pouvoir n'avait pas voulu soulever d'office, etc. Et, à l'inverse, il est des annulations prononcées pour illégalité

(28) Long, conclusions sous Société Gondrand, précitées.

(29) P. Weil, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, p. 48.

(30) Ou, ce qui revient au même, la cause de la demande d'annulation, ou encore de l'instance.

externe qui empêchent l'administration de reprendre son acte, même dans les formes légales, parce que, par exemple, la situation a changé.

On comprend donc que les commissaires du gouvernement se soient sentis gênés de fonder la théorie de la cause sur une distinction discutable dans son principe et d'application un peu floue. Pourtant, cette distinction est pleinement valable, mais il faut lui donner une autre base.

b) *Le fondement véritable : illégalité et présomption d'illégalité.*

La clarté et la simplicité des solutions jurisprudentielles peuvent en effet être maintenues et doivent s'expliquer très clairement et très juridiquement. Il suffit pour ce faire de s'attacher à la différence de nature qui existe entre les moyens d'illégalité interne et ceux d'illégalité externe, dépassant ainsi l'examen décevant de leurs seuls effets.

Nous avons longuement exposé pourquoi il fallait considérer les moyens de forme comme constituant de simples présomptions d'illégalité (31) ; cette analyse nous paraît donner un fondement indiscutable à la jurisprudence de la cause.

La jurisprudence civile est en effet constante à décider que la même demande relève de deux causes juridiques distinctes suivant qu'elle est fondée sur une présomption ou sur une démonstration au fond; l'exemple le plus net résulte bien entendu, en matière de responsabilité, du jeu combiné des articles 1382 et 1384 du Code civil. La demande basée sur la présomption de responsabilité établie par l'article 1384 repose sur une cause juridique; la demande fondée sur l'article 1382 repose sur une autre (32).

Il en est exactement de même dans le contentieux de l'excès de pouvoir. Les moyens invoquant une illégalité interne y manifestent, par rapport aux moyens invoquant une illégalité externe, l'expression d'une cause juridique différente donnée à la demande. Les premiers entendent en effet démontrer l'illégalité au fond tandis que les seconds se bornent à faire valoir une présomption d'illégalité; et, au point de vue contentieux, il est devenu classique que la démonstration au fond relève d'une cause juridique qui est différente de celle de la simple présomption.

Les deux espèces de cause dégagées par le Conseil d'Etat se révèlent donc constituer des catégories réelles, c'est-à-dire que leurs caractères juridiques « se tirent des éléments intrinsèques des situations reconnues, de telle sorte que celles-ci se trouvent juridique-

(31) Cf. *supra*, pp. 309 et suiv.
(32) Cass. civ., 28 avril 1927, S. 1927-1-321, note CHAGREVIN.

ment spécifiées par certains traits de fond » (33). Ce point étant acquis, l'analyse doit être poussée plus loin et s'attacher à déterminer la portée des catégories ainsi créées.

B. — La portée des catégories existantes.

Un problème reste en effet posé, celui de savoir si la jurisprudence s'en tient à la distinction des illégalités externes et des illégalités internes, ou si elle distingue des sous-groupes constituant chacun des causes distinctes à l'intérieur des deux grandes catégories. Aucune solution nette ne résulte des arrêts; c'est donc à une recherche d'anticipation qu'il faut se livrer.

Deux risques menacent les développements de la jurisprudence relative à la cause : le simplisme et le byzantinisme. Le Conseil d'Etat tendrait en effet au simplisme s'il se bornait à considérer comme reposant seules sur des causes juridiques distinctes les demandes appuyées par des moyens de fond et celles défendues par des moyens de forme; la réalité juridique est plus complexe. Mais la Haute Juridiction verserait dans le byzantinisme si elle rapprochait peu à peu la notion de cause et celle de moyens, pour décider que constituent des demandes nouvelles toutes celles qui ne sont pas fondées, sinon sur la même argumentation, du moins sur la même ouverture du recours pour excès de pouvoir.

C'est donc par rapport à ces deux pôles de référence qu'il faut examiner si la jurisprudence subdivise, ou tend à subdiviser, les catégories déjà créées en sous-groupes.

1. — *Les présomptions d'illégalité.*

En adoptant la présentation proposée par M. Gazier (34), il convient de distinguer trois façons dont un acte peut être antaché d'illégalité externe : l'incompétence, le vice de forme proprement dit, l'irrégularité de procédure.

a) Il est intuitif que ces trois sortes d'illégalité sont différentes entre elles, au double point de vue de leur importance et de leur nature : un acte entaché d'incompétence est en général plus gravemnt vicié qu'un acte auquel manque un coup de tampon ou même un visa. Aussi bien le Conseil d'Etat l'a-t-il bien compris puisque sa jurisprudence distingue entre l'incompétence, illégalité tellement grave à ses yeux qu'il l'examine et la censure d'office (35), et les irrégularités de forme et de procédure qu'il refuse de prendre

(33) Gény, *Science et technique en droit privé positif*, T. III, p. 123.
(34) *Essai de présentation nouvelle des ouvertures du recours pour excès de pouvoir en 1950*, précité.
(35) Cf. *infra*, § 3.

en considération s'il lui apparaît qu'elles n'ont pas méconnu de règles substantielles ou n'ont pas eu de conséquences pour le demandeur (36).

L'incompétence constitue ainsi une sorte de présomption irréfragable d'illégalité au fond alors que les autres illégalités externes sont des présomptions simples (37).. Faut-il, dès lors, considérer qu'elle constitue une cause juridique distincte de la cause définie par l'ensemble des autres vices de forme et de procédure ? La qustion n'est pas encore résolue par la jurisprudence, mais nous croyons qu'elle le sera par la négative.

b) La seule hypothèse qui puisse se présenter est la suivante : un plaideur invoque tardivement le vice de forme après avoir soulevé une incompétence (38) dont il s'avise trop tard qu'elle n'existe pas. Dans la mesure où le moyen tiré d'un vice de forme sera opérant, nous croyons qu'il sera retenu pour deux raisons principales.

En premier lieu, incompétence et vice de forme sont deux illégalités de nature et d'effets assez proches. Par exemple, le défaut de consultation d'un organisme consultatif peut, à volonté, s'analyser comme une irrégularité de procédure ou comme une incompétence. Ou encore, de façon plus nette, la comparaison des arrêts Rozé et Chambre syndicale du commerce de l'auto (39) montre bien que la compétence se déduit en certains cas des formes : un décret est annulé parce qu'il n'avait pas pas été pris dans les formes prévues par la loi du 17 août 1948, le Conseil d'Etat en déduisant l'incompétence du président du Conseil en la matière; et, à l'inverse, un décret est maintenu, quoique pris incomplètement, parce que, en fait, la procédure qui en autorisait l'édiction avait été respectée.

En second lieu, incompétence et vice de forme constituent deux

---

(36) Cf. *supra*, p. 312.

(37) Il est classique, en droit privé, que les présomptions irréfragables constituent des moyens d'ordre public. Qu'on nous entende bien pourtant : si l'incompétence est une présomption irréfragable d'illégalité, il n'en résulte pas automatiquement que l'acte critiqué doive être annulé, notamment dans la mesure où la compétence de l'administration était liée. En ce cas, l'acte est bien illégal, mais comme le demandeur n'a pas intérêt à une annulation qui n'empêcherait pas l'administration de refaire son acte, le Conseil d'Etat n'annule pas; si, en revanche, le demandeur justifiait d'un intérêt à une annulation, même temporaire, il semble, quoique la jurisprudence soit muette sur ce point, que le juge de l'excès de pouvoir annulerait l'acte (cf. GULDNER, conclusions sous Brissaud, 7 juin 1957, A.J. 1957-2-397). C'est dire que l'incompétence est bien une présomption irréfragable d'illégalité dans tous les cas.

(38) L'hypothèse inverse ne peut se présenter : comme l'incompétence est un moyen d'ordre public, elle doit être soulevée d'office par le juge; bien évidemment le plaideur peut donc l'invoquer après expiration du délai contentieux ou pour la première fois en appel.

présomptions d'illégalité. Et le fait que la première soit irréfragable n'est qu'une considération relativement contingente; il n'empêche pas que, dans les deux cas, le demandeur donne à sa requête une même cause juridique : une présomption. La règle juridique qui est le fondement de sa prétention est donc de même nature dans l'une et l'autre hypothèses.

Certes, cette solution serait défavorable au requérant qui, après avoir échoué en invoquant une incompétence, entendrait se prévaloir d'un vice de forme après réouverture du délai de recours. Mais, si l'on admet que le recours pour excès de pouvoir est bien un litige entre parties, il est très normal de faire supporter à ces dernières les conséquences de leurs erreurs.

c) En ce qui concerne les rapports du vice de forme proprement dit et de l'irrégularité de procédure, le doute ne paraît pas permis : il s'agit de deux moyens qui sont l'expression de la même cause juridique. La doctrine en effet les distingue dans un souci de précision, mais il paraît évident qu'ils reposent sur la même cause juridique (40). Ainsi, et même en l'absence de jurisprudence sur ce point, il faut selon nous considérer comme exprimant une cause contentieuse unique l'ensemble des moyens relatifs à une illégalité externe de l'acte attaqué car la règle juridique qu'ils font valoir est la même : une présomption d'illégalité.

2. — *Les illégalités de fond.*

En ce qui concerne les illégalités internes, le problème est relativement plus complexe car il peut être posé de deux façons différentes : en fonction de la technique des ouvertures du recours pour excès de pouvoir, en fonction du fond des règles applicables.

a) Les illégalités susceptibles de vicier le fond d'un acte administratif sont, suivant la classification la plus moderne (41), de trois sortes : le défaut de base légale, la violation de la loi et le détournement de pouvoir.

Par deux arrêts du même jour, dont l'un n'a pas été mentionné au Lebon (42) tandis que l'autre n'y était publié qu'en sommaire (43), le Conseil d'Etat a décidé que des moyens faisant valoir une violation de la loi et une fausse application de la loi reposaient sur une même cause juridique et qu' « un moyen concernant

(39) Cf. *supra*, p. 294.

(40) C'est d'ailleurs ce que décide la jurisprudence civile pour les demandes en nullité des actes juridiques fondées sur un vice de forme, depuis fort longtemps et de façon constante : Paris, 10 mai 1850, D. 1851-2-125.

(41) Gazier, *Essai de présentation nouvelle*, précité.

(42) Clément, 17 février 1956, R.P.D.A. 1956, n° 99.

(43) Destresse, 17 février 1956, Somm., p. 725.

la qualification juridique des faits ne constitue pas une demande nouvelle par rapport à un moyen tiré d'un détournement de pouvoir »; cette dernière jurisprudence a d'ailleurs été confirmée par une décision plus récente (44). Il faut, semble-t-il, en déduire que le Conseil d'Etat ne s'est pas rallié, même pour les moyens de fond, au système qui aurait consisté à considérer comme exprimant des causes juridiques différentes chacune des ouvertures du recours pour excès de pouvoir.

Il faut l'en féliciter sans réserves; la position adoptée est en effet une position simple, accessible au plaideur moyen (45) et assez satisfaisante pour l'esprit. De surcroît, elle est tout à fait justifiée en droit. L'ensemble des illégalités affectant le fond d'un acte administratif proviennent de la même cause juridique parce qu'elles posent au fond le même problème : celui de savoir si l'administration a agi régulièrement dans les circonstances de l'espèce. Dès lors, il eût été à la fois trop compliqué et inexact de découper l'illégalité interne d'un acte en diverses « tranches » représentant autant de causes distinctes; il est certes tout différent de prétendre que la loi a été directement violée et de soutenir qu'elle a été mal appliquée, mais, par-delà ces différences de présentation, qui constituent autant de moyens nouveaux, la cause de la demande reste identique.

Cependant, cette jurisprudence qui nous paraît très naturelle et très justifiée doit encore être commentée, d'un autre point de vue : elle prouve que le recours pour excès de pouvoir ouvre un litige subjectif. La seule explication juridique possible du fait que le détournement de pouvoir relève de la même cause juridique que la fausse aplipcation de la loi semble en effet la suivante : ce n'est pas l'acte qui est abstraitement comparé avec des normes supérieures, mais bien l'administration dont l'attitude (exprimée par l'acte critiqué) est examinée en fonction du statut juridique dont se réclame le demandeur. Si l'action en excès de pouvoir ouvrait un contentieux objectif, il aurait fallu décider que détournement de pouvoir et fausse application de la loi exprimaient des causes juridiques différentes car, très évidemment, chacune de ces deux illégalités affecte la validité de l'acte critiqué d'une façon différente; mais comme il donne lieu à un contentieux subjectif, l'attitude de l'administration forme un seul bloc, qui est

(44) Troppi, 22 novembre 1957, R.P.D.A. 1957, n° 433.

(45) C'est-à-dire, en fait, aux avocats près les tribunaux administratifs locaux; leur connaissance du contentieux administratif se révèle en effet si faible qu'une trop grande complexité de la jurisprudence achèverait de les désorienter.

soumis au contrôle du juge par une seule demande, cette dernière pouvant être appuyée d'arguments divers.

Mais si, à très juste titre, le juge de l'excès de pouvoir n'attache pas de conséquences contentieuses à la répartition des cas d'annulation en « ouvertures », il n'en résulte pas forcément que tous les moyens de fond reposent sur la même cause juridique.

b) Au point de vue du fond du droit applicable, l'hypothèse suivante est en effet très concevable, et se réalisera probablement un jour : un demandeur invoquant à l'encontre du même acte juridique deux arguments de fond reposant sur des causes parfaitement hétérogènes, le second étant présenté tardivement.

Il suffit pour cela que le même acte viole, ou paraisse violer, deux catégories différentes de règles juridiques : ainsi, par exemple, en serait-il d'une nomination pour ordre accordant promotion à un fonctionnaire non inscrit au tableau, d'un règlement rétroactif et violant une loi, d'un acte déclarant, sans que ce soit justfié, l'utilité publique de l'expropriation d'une parcelle du domaine public, etc. Dans tous ces cas, il existe en effet deux séries de règles bien distinctes de règles dont l'application conduit à annuler l'acte qui les a conjointement méconnues. Si le requérant a la malchance, ou la maladresse, de n'invoquer dans les délais que celle qui, en réalité, n'a pas été violée, pourra-t-il ensuite invoquer la secode ? Ou le Conseil d'Etat déclarera-t-il que, ce faisant, il donne à sa demande une cause juridique distincte qui interdit au juge de l'excès de pouvoir de se prononcer sur la valeur des moyens l'appuyant ?

Nous croyons que, dans ce cas, la jurisprudence considèrera qu'il y a demande nouvelle et n'acceptera pas d'en connaître. Mais, en l'absence de décision parue sur ce point, du moins à notre connaissance, la justification rationnelle de cette solution ne peut être tirée que d'une étude synthétique de la notion de cause. Avant de l'aborder, il faut dire quelques mots des moyens d'ordre public.

§ 3. — Les moyens d'ordre public.

Les moyens d'ordre public sont d'une étude fructueuse à plus d'un titre : ils permettent en effet une définition plus précise de la cause, ils « portent atteinte à la notion même de partie » (46), ils fournissent de précieuses indications sur l'esprit général de la procédure administrative, etc. Mais, avant d'en dégager la signi-

(46) HEURTÉ, « La notion d'ordre public dans la procédure administrative », R.D.P. 1953, p. 615.

fication, il faut s'efforcer d'en donner un critère, une énumération, une définition.

A. — La notion de moyen d'ordre public.

Le critère, d'ordre exclusivement procédural, en est très simple : sont des moyens d'ordre public les moyens que le juge soulève d'office et dont il admet qu'ils soient présentés pour la première fois en appel, en cassation et après l'expiration du délai de recours contentieux. Cette place particulière donnée par la jurisprudence à certains arguments juridiques s'explique par la nature de ces derniers qui constituent « des moyens relevant des illégalités flagrantes et d'une telle gravité que leur maintien serait de nature à troubler l'ordre public » (47).

On ne peut cependant cerner cette notion — et c'est indispensable pour en dégager la signification — qu'en énumérant les principaux moyens que le Conseil d'Etat considère comme d'ordre public. Ils peuvent se ranger en deux catégories nettement distinctes.

1° *Il y a d'abord les moyens de procédure,* qui se retrouvent devant toute juridiction, civile, pénale, administrative ou professionnelle : l'incompétence du tribunal, le défaut de qualité de l'une des parties, la tardiveté de la requête, doivent ainsi être soulevés d'office par le juge et pourraient, si ce dernier ne l'avait pas fait, être invoqués pour la première fois en appel. Il s'agit là d'un ordre public procédural qui concerne les fondements mêmes de l'organisation judiciaire et dont les contours ni la technique ne sont caractéristiques du recours pour excès de pouvoir. Aussi bien se révèle-t-il extérieur à la cause de la demande.

Que le tribunal examine d'office sa propre compétence, même si elle n'a pas été contestée (48), voilà en effet qui est en principe sans effet sur le fond du litige. Il en est d'autant plus ainsi que le recours devant un tribunal incompétent conserve toujours le délai contentieux (49). Qu'il rejette la requête comme tardive ou présentée par un demandeur sans qualité est encore très normal si l'on veut éviter que la collusion des plaideurs puisse faire échec aux règles de l'organisation judiciaire et juridictionnelle. La jurisprudence sur ce point ne nous retiendra donc pas; elle est d'ailleurs constante.

---

(47) Jacquemart, *Le Conseil d'Etat juge de cassation,* thèse Lille, polycopie, p. 209.

(48) En ce cas, sa décision ne porte généralement pas mention de l'examen auquel il a procédé; en principe, il ne répond qu'aux moyens présentés par les parties.

(49) Meallet, 24 janvier 1958, A.J. 1958-2-49, et *supra,* p. 197.

2° *Le problème des moyens de fond* est, en revanche, plus délicat. Il est en effet des hypothèses où le juge soulève d'office (50) des arguments que les parties avaient omis de présenter elles-mêmes, arguments qui ne concernent plus l'ordre public « procédural » mais qui relèvent de l'ordre public « général » et font ainsi entrer dans le champ du débat tranché par le juge certaines questions que les requérants avaient négligé de poser.

a) Le contenu de la jurisprudence est difficile à déterminer avec précision à raison de son caractère très souple et très nuancé, et parce que le juge de l'excès de pouvoir ne se prononce à leur sujet que s'il les reconnaît fondés (51) ; on peut cependant mettre en relief les deux pôles de développements des moyens d'ordre public.

Le premier de ces pôles, en importance et en ancienneté, est très certainement la notion d'incompétence. Laferrière déclarait déjà que « La nullité résultant de l'incompétence est d'ordre public; elle peut être prononcée d'office par le Conseil d'Etat, même si la requête a omis de l'invoquer » (52) et, au moins depuis 1915 (53), la jurisprudence est constante sur ce point (54). Mais la formule de Laferrière rend un compte inexact de la jurisprudence contemporaine car, en fait, le juge de l'excès de pouvoir retient « un critère nuancé, recherchant si l'ordre des compétences a, en réalité, été bouleversé d'une façon certaine, que ce bouleversement soit direct ou indirect » (55).

Sont ainsi considérées comme entachées d'une incompétence d'ordre public les décisions qui ont bien été prises par l'organe prévu par la loi mais qui n'ont pas été précédées de l'avis conforme nécessaire (56), les décrets pris sans que le Conseil d'Etat ait été

(50) Ou, ce qui revient au même, admet qu'on soulève pour la première fois en appel ou après l'expiration du délai de recours contentieux.

(51) Cf. Lasry, conclusions sous X..., Section, 23 mars 1956, D. 1957-150 : « Une juridiction est tenue de se prononcer expressément et avec une précision suffisante sur tous les moyens dont elle est saisie; en revanche, elle n'a pas à se prononcer sur les moyens d'ordre public qui ne sont pas soulevés devant elle, alors même que ceux-ci, étant d'ordre public, doivent être soulevés d'office; ces derniers, s'ils ne sont pas accueillis, peuvent dès lors être rejetés sans que soient énoncés les motifs qui justifient ce rejet. »

(52) T. II, p. 496, avec les références remontant à 1880.

(53) Abbé Couvenhes, 16 juillet 1915, R. 239.

(54) Adler, 18 novembre 1950, Somm., p. 761; Thorame, 10 février 1956, Somm., p. 733.

(55) Mosset, conclusions sous Ged, Section, 7 janvier 1955, D. 1955-69.

(56) Ged, précité, et conclusions Mosset : « Le conseil national de l'Ordre était bien compétent et c'est de lui qu'émane la décision. Mais nous avons montré que le conseil national ne pouvait plus prendre la décision seul... Il y a donc déplacement de la compétence dans la réalité, au fond des choses, mais non en la forme. » *Adde :* dame Lancrin, 19 décembre 1956, Somm., p. 733.

consulté alors que cette consultation était nécessaire (57), les actes déclaratifs d'utilité publique qui n'ont pas été précédés d'un avis favorable du commissaire enquêteur (58), etc.

Mais, à l'inverse, il est des cas où l'incompétence, quoiqu'elle existe n'est pas relevée d'office par le juge de l'excès de pouvoir, sauf lorsqu'elle est absolument patente et indiscutable. Ainsi en est-il, notamment, des délégations illégales (59) et de la consultation des conseils dont l'avis est, sinon inutile, du moins d'importance moindre que celui du Conseil d'Etat (60).

C'est dont bien la nature du bouleversement apporté à l'ordre public par l'illégalité commise qui conduit la Haute Juridiction à déclarer que, dans les circonstances de l'espèce, tel argument est, ou non, d'ordre public, beaucoup plus que le recours à une liste plus ou moins stéréotypée d'incompétences définies une fois pour toutes du seul point de vue formel.

Le deuxième des pôles autour desquels se développe la jurisprudence relative aux moyens d'ordre public est constitué par la notion de « champ d'application de la loi ». Ainsi, l'amnistie est un moyen d'ordre public, qui peut donc être soulevé pour la première fois en appel (61) et doit être examiné d'office (62), surtout si la loi d'amnistie est intervenue postérieurement à la décision des premiers juges (63) ; il est certes des hypothèses où le Conseil d'Etat omet d'effectuer une telle opération (64) mais le principe est certain. De même, les conditions d'emploi de la procédure prévue par les lois des 12 vendémiaire et 13 ventôse an VIII doivent être vérifiées d'office par le juge de l'excès de pouvoir qui a, notamment, le devoir d'annuler un tel arrêté pris pour l'exécution d'un contrat de droit privé (65), en faisant « ressortir de façon éclatante... que le ministre a méconnu le champ d'application des

(57) Fédération des groupements d'agents consignataires de navires, 20 juin 1952, R. 328; Courajoux, 23 janvier 1953, R. 31.

(58) Eyraud, 20 octobre 1954, A.J. 1954-2-136; il résulte en effet de la rédaction que le Conseil d'Etat a soulevé d'office le moyen, qui n'était pas invoqué par le requérant.

(59) Balzer, 29 octobre 1948, Somm., p. 592; Brenellec, 3 juin 1953, R. 256.

(60) Demoiselle Cavalier, 26 octobre 1956, R. 387.

(61) Chabert, 20 mai 1955, R. 270.

(62) Maury, 8 novembre 1957, A.J. 1958-2-51, conclusions Gazier.

(63) Cf. conclusions Guionin sous Grundberg, 12 juillet 1955, R. 407.

(64) C'est l'hypothèse de l'arrêt Grundberg; le Conseil d'Etat avait en premier lieu jugé que l'amnistie prévue par la loi du 16 août 1947 devait s'appliquer, car les faits commis par le sieur Grundberg n'étaient pas contraires à l'honneur; ce n'est que dans un second arrêt qu'il jugea que ces faits n'étaient pas, non plus, contraires à la probité.

(65) Société française de transports Condrand frères, Section, 11 mai 1956, R. 202; Martin, 4 mars 1955, D. 1955-233 (conclusions Laurent).

lois de l'an VIII » (66). On pourrait multiplier les exemples de cette nature (67).

b) Mais cette jurisprudence est limitée, de deux façons.

Tout d'abord, M. Long déclarait très justement dans ses conclusions précitées : « Vous n'avez pas tendance à allonger la liste des moyens d'ordre public ». C'est ainsi que des illégalités flagrantes et grossières ne sont pas considérées comme des moyens d'ordre public si elles ne se rattachent pas aux notions d'incompétence ou de champ d'application de la loi. Parmi les plus importantes, il faut en citer deux, qui mettent pourtant en jeu deux principes fondamentaux de l'organisation juridique française : l'autorité de la chose jugée (68) et le caractère rétroactif d'une décision administrative (69) ne sont pas, en effet, d'ordre public.

En second lieu, la notion de moyen d'ordre public n'est pas spéciale au contentieux de l'excès de pouvoir. Elle vaut aussi bien pour les recours de pleine juridiction : contentieux de l'indemnisation (70) ou électoral (71). Et elle existe également dans les contentieux civils ou pénaux. C'est donc à la lumière des limites qu'il convient d'apporter à la notion et à l'originalité des moyens d'ordre public dans le contentieux de la légalité que nous allons maintenant examiner leur signification.

B. — La signification des moyens d'ordre public.

1. — *La position de M. Heurté.*

En conclusion de son article précité sur « La notion d'ordre public dans la procédure administrative », M. Heurté écrit : « Le moyen d'ordre public a constitué une base de départ, mais à l'heure

(66) Long, conclusions sous Société Gondrand, A.J. 1956-2-247, spécialement p. 249, colonnes 1 et 2.

(67) Notamment en matière de pensions, où le fait pour le requérant de ne pas être dans le champ d'application de la loi amène le Conseil d'Etat à rejeter d'office son recours : Lestang, 3 janvier 1934, R. 17 (et la note) ; Weber, 26 novembre 1952, Somm., p. 786 ; cf. aussi conclusions Tricot sous Serfati, 18 janvier 1957, A.J. 1957-2-233, spécialement p. 235, 1re colonne, 3e paragraphe.

(68) Oustry, 17 juillet 1931, R. 798 ; X..., 30 octobre 1950, Somm., p. 747 ; Compagnie française des automobiles de place, 2 mars 1956, R. 103 (dernier considérant), D. 1956-268 (conclusions Chardeau), A.J. 1956-2-117 (note Copper-Royer).

(69) Potut, 27 janvier 1956, Somm., p. 733 ; Société des ateliers du Midi, 30 novembre 1956, R. 454.

(70) La déchéance quadriennale est, par exemple, d'ordre public ; cf., par exemple : commune mixte de Marnia, 25 novembre 1955, R. 561 ; commune d'Orcières, 10 décembre 1955, R. 593 ; Gaillard, C.P. Lille, 6 décembre 1950, G.P. 1951-37, dont les considérants, inspirés sans doute par le président Méjean, semblent bien dire que la notion d'ordre public est identique, quel que soit le contentieux.

(71) Election du maire d'Aston, 19 juillet 1938, R. 622.

actuelle, le juge administratif manifeste à l'égard des arguments présentés par les requérants une liberté qui n'est pas sans répercussion sur les autres éléments de la demande, son objet et sa cause. Le caractère inquisitorial de la procédure affaiblit le rôle des parties; le moyen d'ordre public porte atteinte à la notion même de partie. »

Cette conclusion pessimiste, qui concerne aussi bien le recours de plein contentieux que le recours pour excès de pouvoir nous paraît injustifiée. Elle résulte en effet de l'idée centrale suivante : « la notion d'ordre public se dilue dans le champ des pouvoirs que se reconnaît le juge administratif », c'est-à-dire qu'il n'y a pas, au fond, de différence entre l'attitude du juge qui modifie les conclusions ou les moyens d'une partie et sa jurisprudence relative aux moyens d'ordre public : dans les deux cas, le litige en arrive à porter sur une question qui n'avait pas été posée par les plaideurs. Si la constatation est valable, la conséquence qui en est tirée nous paraît inexacte.

Le fait de soulever des moyens d'ordre public et celui de rectifier les prétentions ou les arguments des parties participent en effet de deux natures différentes. Dans le premier cas, il s'agit pour le juge de faire respecter certaines règles de technique juridique que la tradition conduit à considérer comme particulièrement importantes parce qu'elles ne sont pas établies pour la protection des intérêts particuliers mais bien dans l'intérêt général; dans le second, il s'agit seulement, dans la limite de l'intention manifestée par les parties, de donner son plein effet à la requête (72). Aussi bien, la jurisprudence relative à la cause permet aujourd'hui de mieux distinguer entre le premier cas, où les moyens d'ordre public peuvent et doivent toujours être soulevés, et le second, où la rectification n'est possible que dans la limite définie par la cause de la demande telle que l'a choisie le demandeur.

On ne saurait donc, si l'on conserve un sens précis à cette notion, admettre que les moyens d'ordre public portent atteinte à la notion de partie, pas plus dans le contentieux de l'excès de pouvoir que dans un autre type de litige; ils constituent seulement un minimum de contrôle que, de par sa mission qui est de dire le droit, le juge doit effectuer d'office. De ce point de vue, ils n'apportent pratiquement rien à l'analyse de l'instance.

2. — *Les moyens d'ordre public et la cause.*

En revanche, les moyens d'ordre public apportent une importante contribution à la notion de cause, Il faut en effet admettre

(72) Cf. *supra*, p. 295.

que les problèmes relatifs à la compétence de l'autorité qui a pris l'acte attaqué et à l'étendue du champ d'application de la loi sont toujours soulevés, au moins implicitement, par toutes les requêtes. Dès lors, la cause juridique d'un recours pour excès de pouvoir donné ne peut se définir que par la combinaison de deux éléments : l'ensemble des moyens soulevés par les parties détermine le premier, les moyens d'ordre public le second.

a) Il faut donc examiner si ces deux éléments présentent une unité conceptuelle qui permette d'expliquer leur unité fonctionnelle. Cette recherche amène à penser que le critère de la cause tel qu'il est dégagé par la jurisprudence (73) ne peut fournir le cadre de la généralisation nécessaire à une étude aussi synthétique. Deux obstacles majeurs et insurmontables s'y opposent en effet.

Par référence à l'opposition établie entre les illégalités internes et les illégalités externes, les moyens d'ordre public relèvent de deux causes différentes puisque les uns se rattachent à l'incompétence et les autres à la méconnaissance du champ d'application de la loi. En présence de cette constatation, il faut adopter l'une des attitudes suivantes.

Ou bien l'on admet que la distinction des moyens de fond et des moyens de forme doit être dépassée; c'est notre position, que nous développerons plus loin.

Ou bien l'on soutient que la cause juridique donnée à sa demande par le demandeur est une chose toute différente des problèmes posés par les moyens d'ordre public et que ceux-ci n'ont pas à entrer dans l'analyse de celle-là. Mais cette attitude relèverait à notre avis d'un simplisme regrettable, en ce qu'elle aboutirait à rompre l'unité de l'instance, unité qui réside essentiellement dans l'idée de cause juridique.

Ou enfin on cherche à éluder la difficulté en prétendant que la méconnaissance du champ d'application de la loi réalise en réalité une forme d'incompétence, et que les deux sortes de moyens reposent ainsi sur la même cause juridique. Mais ce serait donner à la notion d'incompétence une portée démesurée et que, de surcroît, aucune décision ne paraît de nature à justifier. Surtout, le problème ne serait pas résolu.

En effet, et c'est le deuxième obstacle, dans la plupart des cas où le Conseil d'Etat a statué d'office sur la compétence de l'autorité qui avait pris l'acte contesté, le requérant s'était borné à présenter des moyens concernant la légalité interne de l'acte

(73) Cf. *supra*, p. 344.

attaqué. Dès lors, aucune échappatoire n'est possible; il faut bien constater que le juge de l'excès de pouvoir statue sur un argument exprimant une cause juridique distincte de celle donnée à sa requête par le demandeur.

b) L'analyse se heurte ainsi à une hétérogénéité foncière entre la notion de cause dégagée par la jurisprudence en matière de demande nouvelle et la conception des moyens d'ordre public affirmée par le Conseil d'Etat. Il apparaît cependant que l'unité peut être rétablie dans la théorie de l'instance; mais il faut pour cela « dégager vers le haut » et, quittant le point de vue strictement contentieux, s'attacher à des notions plus générales, en bref, tenter une synthèse de la notion de cause.

Section II

LA CAUSE DE LA DEMANDE : ESSAI DE SYNTHÈSE

A vrai dire, il s'agit là d'une construction abstraite et, dans une certaine mesure, gratuite. Elle doit cependant être tentée car si si le juge procède par solutions empiriques, au vu des intérêts concrets qu'il s'agit pour lui d'équilibrer, la règle de droit ne reçoit la « frappe juridique » dont parlait le doyen Gény que dans la mesure où elle revêt la forme « d'un concept s'harmonisant avec l'ensemble du système de droit en vigueur » (74). Et c'est précisément le rôle de « la technique doctrinale constructive » que de dégager les concepts et d'en édifier les ensembles en vue d'assurer « la plus grande fermeté du droit » (75).

A cet égard, « il vaut mieux se résigner à une théorie de la cause imparfaite que de renoncer à toute théorie de la cause » (76). Outre l'intérêt pratique de définir, même avec une certaine marge d'erreur, une notion dont les applications pratiques sont de plus en plus fréquentes, il apparaît en effet que la cause représente la clé de voûte de la construction constituée par le recours pour excès de pouvoir, ou le pivot du mécanisme procédural de l'action en excès de pouvoir. En bref, la notion de cause est une notion centrale, une notion de synthèse, à un double titre et d'un double point de vue.

D'une part, toutes les règles et tous les mécanismes du recours pour excès de pouvoir concourent à la définition positive de la

(74) Gény, *Science et technique en droit privé positif*, T. III, p. 182.
(75) *Id.*, p. 184.
(76) Kahn, conclusions sous dame Vve Ginestet, précitées.

cause, définition qui combine la signification matérielle des notions de qualité, de moyen, d'action et d'instance. C'est ce qu'il faut étudier en un premier paragraphe : la cause se définit par le recours pour excès de pouvoir.

D'autre part, on constatie que l'autonomie procédurale traditionnellement reconnue à l'action en excès de pouvoir s'explique, se justifie et... se limite, par le recours à la notion de cause. Un deuxième paragraphe sera consacré à le montrer : la cause définit le recours pour excès de pouvoir.

§ 1. — La cause se définit par le recours pour excès de pouvoir.

Le plaideur qui intente l'action en excès de pouvoir pose au juge la question de savoir si un acte administratif qui lui fait grief est intervenu légalement. Ce faisant, il donne à son action une cause qui peut se définir : *le statut juridique sous la protection duquel le requérant entend se placer pour contester l'atteinte apportée à sa situation juridique par l'acte attaqué.*

Cette définition doit être examinée à deux points de vue car il faut préciser comment elle permet de résoudre le problème que nous posions en terminant la section précédente, puis déterminer les rapports entre les notions de cause et de qualité qui, au vu des définitions que nous en avons données, semblent très proches.

A. — LA CAUSE JURIDIQUE DU RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR EST LE STATUT INVOQUÉ PAR LE DEMANDEUR.

1° Par statut, il faut entendre un ensemble de normes d'origines diverses (lois, règlements, décisions antérieures, principes généraux) ordonnées en vue d'un certain objet et d'une certaine fin. C'est ainsi que, dans le contentieux administratif, existent, par exemple, des groupes de règles concernant les propriétaires fonciers, les fonctionnaires, les usagers de la voie publique, etc.; et il ne paraît pas abusif de parler d'un statut de l'exproprié, de l'agent public, du piéton ou de l'automobiliste. Aussi bien, la tendance actuelle à regrouper les différents textes concernant le même objet de façon à réaliser une codification administrative cohérente est caractéristique de cette « tendance au statut ». La chose n'est d'ailleurs pas si récente puisque, en 1929 déjà, M. Trotabas parlait de statut juridique du contribuable (77). Et, même dans la mesure où l'ensemble des textes en vigueur n'est pas réuni dans une brochure unique, il semble possible de parler d'un statut invoqué par les plaideurs.

(77) « La nature juridique du contentieux fiscal », *Mélanges Hauriou*, 1929, p. 711.

Dès lors, le demandeur qui s'estime lésé par une décision administrative peut intenter une action en excès de pouvoir sur la base de l'un quelconque des multiples statuts existants. Mais, il est bien certain que le succès de sa démarche contentieuse est lié au choix du terrain sur lequel il décide de porter le litige; parmi les multiples raisons qui peuvent amener l'annulation d'un acte administratif, il n'en est généralement qu'une ou deux qui soient appropriées à la situation débattue (78). Le juge dira en effet si, en édictant l'acte critiqué devant lui, l'administration a ou non méconnu le statut dont on prétend qu'il a été violé : il ne dira, en principe, rien d'autre. Il est donc possible qu'une situation soit juridiquement protégée par un statut quelconque et que le Conseil d'Etat refuse néanmoins d'en assurer la protection parce que le requérant ne le lui a pas demandé en invoquant le corps de règles qu'il aurait fallu.

Et ce statut invoqué par le plaideur, ce statut qui doit être mis en valeur avec précision antérieurement à l'expiration du délai de recours (79), c'est la cause juridique de l'action en excès de pouvoir exercée par les parties. L'opposition « légalité interne-légalité externe » n'est donc que l'apparence d'une réalité plus profonde. Elle est le critère adopté par la jurisprudence pour dégager une notion fluide et difficile à définir; mais elle a simplement une valeur de critère, et n'atteint pas la substance de la notion de cause.

2° Cette analyse éclaire la contradiction apparente résultant du fait que l'on puisse soulever l'incompétence après avoir présenté des moyens de légalité interne, se prévaloir d'une méconnaissance du champ d'application de la loi après avoir demandé l'annulation pour vice de forme, et invoquer le détournement de pouvoir après la violation de la loi.

a) Dans une première série d'hypothèses, le demandeur ne prétend pas faire juger que sa situation était juridiquement protégée et que l'acte administratif ne pouvait légalement la bouleverser. Il s'abrite derrière certaines présomptions pour soutenir que l'administration n'a pas respecté la légalité; ce faisant, nous l'avons vu, sa position est moins forte que s'il dénonçait une violation certaine et directe d'un ensemble de règles précises car il se borne à demander l'application d'une présomption qui est établie pour tous

(78) La constatation peut sembler évidente. Mais il est certain qu'elle est de grande importance dans la pratique, car nombre de plaideurs manifestent une incoercible tendance à placer le débat sur un tout autre terrain que celui où ils ont des chances de succès.

(79) Vasnier, 1er juin 1953, R. 254.

les intéressés; le champ d'application en est très large mais les effets restreints. Dans ces cas, la question posée au juge est, en principe, une question objective puisque, si les faits sont établis, la présomption joue, sauf preuve contraire apportée par le défendeur. Il en va exactement de même pour les présomptions du droit privé, spécialement celle de l'article 1384 du Code civil. La cause juridique de l'action est donc ce statut très large et très général.

Mais la question du champ d'application de la loi peut être soulevée à tout moment du procès, et doit l'être par le juge, quoiqu'il s'agisse bien évidemment d'un problème de légalité interne. La raison en est fort simple. Ce moyen n'est pas, ne peut pas être laissé à la disposition des parties car il met en jeu les fondements mêmes du système juridique. Toutes choses égales d'ailleurs, le juge de l'excès de pouvoir soulève d'office la question du champ d'application de la loi de la même façon qu'un tribunal civil soulève les éléments d'un contrat qui amènent à le considérer comme contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs : il y a des buts et des objets que l'on ne peut viser par le moyen du contrat, il est de même des buts et des objets que l'on ne peut réaliser par l'arrêté de debet.

Certes, le recours pour excès de pouvoir semble alors prendre un aspect objectif, échapper à l'emprise des parties; mais, en réalité, il n'en est rien, ou, plus exactement, il n'y a rien là qui soit caractéristique de ce type d'action puisqu'une jurisprudence du même ordre se retrouve dans le plus objectif des contentieux, celui des contrats.

b) Dans une deuxième série d'hypothèses, le demandeur réclame la protection d'un statut précis et prétend que l'admnistration était tenue de le respecter.

La condition juridique d'exproprié, de fonctionnaire, d'usager d'un service public, de candidat à un concours, d'exportateur, de commerçant, etc., constitue alors la cause juridique donnée à la requête. C'est elle qui détermine les moyens que le requérant peut invoquer; et cette cause ne peut changer après que les délais de recours soient expirés. Il est, notamment, impossible, après avoir, par exemple, donné pour cause à sa requête le statut d'exportateur, d'invoquer cet autre statut plus général constitué par l'ensemble des présomptions que sont les vices de forme.

Mais, il est toujours possible de faire valoir la méconnaissance du champ d'application de la loi, le détournement de pouvoir et l'incompétence. Pas de problème pour le premier moyen, nous l'avons vu. Pour le détournement de pouvoir, la raison est très simple aussi : le litige porte en effet sur les circonstances dans

lesquelles un acte administratif est intervenu, au regard d'un statut donné. Bien évidemment, il faut donc considérer que l'appréciation concrète des circonstances de l'espèce (détournement de pouvoir, existence et qualification des faits) et la validité de l'acte en fonction de la situation juridique du demandeur sont seulement deux aspects d'un même problème qui est celui de savoir si, étant données une situation de fait et une situation juridique, l'acte administratif est intervenu légalement. La cause du litige est le statut invoqué; les faits et leur appréciation peuvent toujours être discutés car ils constituent la matière même du litige.

Quant à l'incompétence, elle est considérée comme relevant toujours de la même cause que les moyens d'illégalité interne puisqu'elle peut et doit être soulevée à tous les stades de la procédure. Le paradoxe n'est qu'apparent; par delà les raisons historiques (80) et pratiques (désir de censurer les illégalités les plus patentes), il y a une raison très juridique : nous avons dit en effet que l'incompétence constituait une présomption irréfragable d'illégalité. Dès lors, elle est traitée par la jurisprudence administrative comme le sont en droit privé les présomptions irréfragables, qui peuvent être invoquées à tous les stades du procès et sont soulevées d'office par le tribunal : ainsi la solidarité passive résultant de la loi (art. 55 du Code pénal), les donations déguisées entre époux, etc.

Si l'on admet cette analyse, la cause se révèle dans une notion beaucoup plus simple qu'il ne pouvait y paraître de prime abord : c'est le statut dont le plaideur soutient qu'il a été illégalement violé. Sont des moyens simplement nouveaux ceux qui pour ont pour effet de faire valoir le statut initialement invoqué. Sont, à l'inverse, des moyens constituant une demande nouvelle ceux qui font valoir un statut différent; en ce cas en effet, la question posée au juge n'est plus la même.

Reste alors à préciser quels sont les éléments de définition et le degré de précision des différents statuts qui sont autant de causes distinctes. Cette question amène à déterminer les rapports existant entre la cause et la qualité.

B. — Les rapports entre la cause et la qualité.

Chaque individu combine en lui-même une multitude de statuts divers : consommateur, parent d'élève, fonctionnaire, automobiliste, etc. Pour savoir avec précision quel est celui d'entre ces corps de règles que le demandeur prétend violé par l'acte admi-

(80) L'incompétence fut la première des ouvertures du recours pour excès de pouvoir.

nistratif intervenu, et définir ainsi la cause de sa demande, il faut se reporter à la qualité en laquelle il figure au procès.

Le processus général est en effet le suivant : l'administration édicte un acte qui fait grief au requérant. Ce dernier se pourvoit en excès de pouvoir et présente au juge des conclusions d'annulation. La recevabilité de son action s'apprécie par rapport à la qualité qu'il invoque, c'est-à-dire par rapport au titre juridique auquel il a choisi de figurer dans le procès. Et ce titre n'est rien autre que la première des concrétisations contentieuses du statut dont était investi le demandeur et qui a été méconnu par l'administration. Une fois l'instance engagée, le demandeur ne peut présenter à l'appui de sa demande des arguments tirés de la violation d'un statut autre que celui qu'il a invoqué pour engager l'instance.

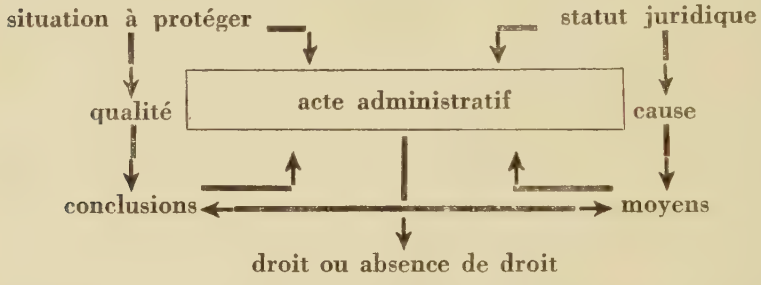
Deux exemples concrets illustreront ce que ces développements peuvent avoir de trop théorique.

Soit par exemple un arrêté déclarant d'utilité publique l'expropriation de certaines parcelles d'une propriété communale. La commune peut en contester la légalité sur une double base : en soutenant que les parcelles en question font partie de son domaine public et ne peuvent donc être expropriées; en contestant l'utilité publique de l'expropriation projetée au motif qu'elle est, en fait, réalisée dans un intérêt privé. La commune peut donc agir soit en tant que personne morale de droit public, soit en tant que propriétaire de droit commun : la qualité en laquelle elle figure au procès est différente dans les deux cas car le grief causé par l'expropriation est ressenti à un titre différent, et la cause de l'action n'est pas la même. Tout naturellement, il sera impossible de modifier au cours du débat le terrain du litige; la cause de la demande, définie par le statut invoqué, doit rester identique et ce serait, par exemple, la modifier que de critiquer tardivement la notion d'utilité publique retenue dans l'espèce alors que la qualité initialement prise autorisait seulement à faire garantir le statut juridique d'un domaine considéré comme public.

De même, on l'a vu, il est impossible d'invoquer la violation de la loi après s'être prévalu d'un simple vice de forme. Qu'est-ce à dire ? Tout simplement que la qualité qui ouvre le prétoire du juge de l'excès de pouvoir n'est pas la même dans les deux cas et, par conséquent, que la cause donnée à la demande est différente. Il apparaît en effet que, si l'intérêt reste identique dans les deux cas, il n'en va pas de même du grief; ce dernier est subi à un titre différent dans l'un et l'autre cas. En invoquant la violation de la loi, on fait état par définition d'un statut précis, qui protégeait le demandeur; le grief est l'atteinte à une situation juridiquement

protégée. En invoquant le vice de forme, on se prévaut seulement d'une présomption d'illégalité et n'invoque pas un statut précis; le grief est seulement l'atteinte à une situation avantageuse. La différence est donc nette entre les deux hypothèses et marque bien comment la cause de la demande est liée à la qualité.

Cette liaison nous paraît donc établie. Aussi bien M. Long, notamment dans ses conclusions sous l'arrêt demoiselle Cavalier, l'a-t-il perçu en écrivant : « La recevabilité des conclusions commande celle des moyens ». Il suffit d'intercaler la qualité, qui limite les conclusions que l'on peut déposer, et la cause, qui limite les moyens invocables, pour donner à cette formule en forme de recette un fondement qui semble indiscutable. Ce résultat peut être présenté sous la forme du schéma suivant :



Ainsi la boucle est-elle bouclée et une certaine unité introduite dans la présentation de l'instance en excès de pouvoir. Il reste encore à marquer dans l'analyse la place de la notion de droit, qui est restée à l'arrière-plan au cours de nos développements sur la cause. On doit le faire en montrant que la cause définit le recours pour excès de pouvoir.

§ 2. — La cause définit le recours pour excès de pouvoir.

On l'a vu, le succès de l'action en excès de pouvoir qu'il a intentée créée un droit au profit du demandeur. L'élément en est le fait de saisir le juge; quant à l'élément matériel, il nous semble possible de le présenter au terme de ces développements, comme combinant la qualité et la cause, c'est-à-dire l'aspect concret (un intérêt), et l'aspect juridique (une protection juridique) du statut dont le demandeur revendique le bénéfice.

Dès lors, la cause de la demande, qui est aussi la cause du droit obtenu, est une notion qui peut servir à justifier, et à mesurer, l'autonomie traditionnellement reconnue au recours pour excès de pouvoir; elle définit le recours, au sens large de l'expression.

Appliquée aux différents recours du contentieux administratif, la notion de cause telles que nous l'avons dégagée autorise en effet à penser :

— que l'action en excès de pouvoir est une action comme les autres;

— et que, si l'on veut absolument classer les différents recours, ce n'est pas en fonction de l'action utilisée qu'il faut procéder, mais en fonction de la notion de contentieux, elle-même définie par la cause du droit déduit en justice.

A. — La cause définit le recours pour excès de pouvoir comme une action en justice semblable aux autres actions.

On sait (81) que l'autonomie du recours pour excès de pouvoir peut se définir en fonction du problème résolu par le juge (objectif et non subjectif) ou des caractères de la décision prise par lui (annulation et non pleine juridiction) ; il y a là des distinctions qui sont à la fois le critère et le fondement de la dualité du contentieux administratif. Or, la notion de cause telle que nous l'avons dégagée confirme que la première distinction est inexacte tandis que la seconde est artificielle; la cause définit donc l'action en excès de pouvoir comme étant de la même nature que les autres actions, non seulement au point de vue du procès proprement dit (82), mais encore au point de vue de la nature et de la sanction du droit déduit en justice.

1. — *La cause et la nature du droit déduit en justice.*

Classer les actions en justice en fonction de la nature du droit qu'elles permettent de faire valoir est une méthode justifiable en elle-même; elle est employée par les processualistes lorsqu'ils présentent la distinction, condamnée d'ailleurs par la plupart d'entre eux, entre les actions personnelles, réelles et mixtes. Son application au contentieux administratif ne serait justifiée que dans la mesure où il apparaîtrait que le recours pour excès de pouvoir, soit ne fait valoir aucun droit, soit fait valoir des droits différents de ceux mis en valeur par le recours de plein contentieux.

Nous pensons avoir montré que l'action en excès de pouvoir devait s'analyser comme faisant toujours valoir un droit, préexistant (cas du retrait) ou non préexistant (cas général) à son exercice; la distinction ne peut donc être maintenue sur ce terrain.

---

(81) Cf. Lampué, « La distinction des contentieux », *Mélanges Scelle*, 1950, p. 285.

(82) Cf. *supra*, I^re^ partie.

Mais les droits défendus par le moyen du recours pour excès de pouvoir sont-ils de même nature que ceux défendus par le recours de plein contentieux ? A notre avis, il en est bien ainsi.

La chose est manifeste lorsque le requérant a le choix entre les deux voies de droit, car le statut juridique invoqué par le demandeur pour donner à son droit le fondement nécessaire est très exactement le même. Par exemple, le fonctionnaire illégalement révoqué peut, à son choix, demander l'annulation de la mesure ou une indemnisation; souvent, il demandera les deux. Bien évidemment, la cause de son action est la même dans les deux cas, le droit déduit en justice est le même et l'examen du juge porte sur les mêmes questions; seule la sanction de l'illégalité soumise est différente (83).

Parmi les cas où le recours pour excès de pouvoir est impossible, il faut à notre avis en distinguer deux séries : ceux qui sont tels parce que le juge doit résoudre le problème qui lui est posé avec tous les pouvoirs d'un juge et sans pouvoir borner sa décision à une simple annulation (nous les retrouverons plus loin) ; ceux qui sont tels parce que la contestation y porte sur un droit subjectif (84), essentiellement les litiges contractuels et quasi délictuels. Certes, le contentieux contractuel est différent, par exemple, du contentieux disciplinaire (85), mais par-delà les différences formelles (délais, dispense d'avocat), il n'y a pas de distinction matérielle à effectuer entre les actions qui permettent de sanctionner le droit issu d'un contrat et celui obtenu d'un acte unilatéral, celles qui font valoir le droit du requérant à la suite d'un agissement matériel de l'administration (responsabilité quasi délictuelle) ou en conséquence d'un acte juridique (86). La nature du droit en cause ne permet pas en effet de relever de distinction comparable à celle qui, devant les tribunaux judiciaires, permet de classifier les actions en réelles, personnelles et mixtes (87) ; de même qu'en droit privé les actions en responsabilité contractuelle et quasi délictuelle sont de la même nature quoique leurs règles d'exercice

(83) Sur le point de savoir s'il est possible de distinguer deux droits par leurs sanctions, cf. *infra*.

(84) Bien entendu, les deux raisons peuvent se combiner; nous les distinguons seulement pour la clarté de l'analyse.

(85) Cf. *infra*, B.

(86) On connaît cependant la distinction proposée par Bonnard, difficilement applicable et inacceptée en jurisprudence, entre le contentieux des actes juridiques (recours pour excès de pouvoir) et celui des actes matériels (recours de pleine juridiction).

(87) Aussi bien faut-il remarquer que cette distinction a perdu beaucoup de son intérêt depuis que l'évolution a augmenté considérablement le nombre des actions mixtes.

soient différentes, de même en droit administratif l'action en responsabilité et l'action en annulation ne peuvent se différencier à raison du droit mis en cause. Nous l'avons trop souvent exposé au cours de cette étude pour avoir besoin de le développer ici.

Dans les rares hypothèses enfin où seul le recours pour excès de pouvoir est possible (88), le fondement de la jurisprudence est le désir du Conseil d'Etat de ne pas se livrer à des appréciations délicates d'évaluations pécuniaires effectuées par l'administration. C'est-à-dire qu'il veut bien annuler l'acte fixant une indemnité, mais non déterminer lui-même la somme à verser. Dès lors, il convient d'en commenter le bien-fondé en même temps que celui de la distinction des contentieux en fonction des pouvoirs du juge.

2. — *La cause et la sanction du droit déduit en justice.*

Si le recours pour excès de pouvoir et le recours de plein contentieux ne peuvent être distingués par leur cause, une distinction est possible, basée sur la sanction du droit déduit en justice, c'est-à-dire d'après les pouvoirs mis en œuvre par le juge, entre les recours en annulation et les recours de pleine juridiction.

Quelles que soient les atténuations que lui apporte la jurisprudence (89), cette opposition existe actuellement. Elle nous semble au point haut point critiquable.

Son fondement théorique est en effet inexistant. Certes, il est tout différent de conclure à une simple annulation et de demander au juge de modifier la décision attaquée ou de lui en substituer une autre. Mais, s'il peut être justifié de distinguer dans l'étude de la procédure contentieuse les conclusions à fin d'annulation et les conclusions de plein contentieux, il est terriblement artificiel d'en déduire que ces conclusions sont la mise en œuvre de deux actions différentes.

On s'engage alors dans la voie d'un formalisme qui n'est pas sans rappeler celui qui sévit un temps en droit romain, lorsque le plaideur perdait son procès s'il employait le termes *vites* en agissant pour des vignes coupées alors que la loi des XII tables sur laquelle était fondée la poursuite utilisait le terme général *arbores*, accordant une action *de arboribus succisiis*.

Il nous semble au contraire qu'il n'y a qu'une manière de saisir le juge administratif, qu'une manière de faire un procès, qu'un seul type d'action en justice, tout au moins aujourd'hui où

(88) Cf. *supra*, p. 98.
(89) Cf. *supra*, pp. 96 et suiv.

le recours pour excès de pouvoir s'est dépouillé de son caractère semi-hiérarchique et ne peut plus être considéré comme un procès fait à un acte. Dès lors, l'autonomie conservée au recours pour excès de pouvoir paraît une erreur juridique.

La conclusion pourra sembler purement platonique étant donné que des règles spéciales en matière de délais, de frais de justice, de ministère d'avocat, viennent sanctionner l'autonomie du recours pour excès de pouvoir. Mais il n'en est rien.

D'une part, la loi du 4 août 1956 a réduit cette autonomie en matière de frais, la pratique apprend que de nombreux recours en annulation sont en fait précédés de la consultation d'un avocat aux conseils même si le demandeur exerce personnellement son action, et le régime des délais prévus par la loi du 7 juin 1956 est encore trop récent et trop susceptible de variations pour qu'on en tire des conséquences absolues.

D'autre part, et surtout, le Conseil d'Etat est parfaitement libre, au prix de quelques revirements, d'abandonner la distinction des contentieux qui domine sa jurisprudence depuis 1864, préparant ainsi les voies d'une évolution législative qui consacrerait la fusion de deux actions longtemps distinctes mais que l'évolution a rapprochées (90) au point que seule la tradition empêche de reconnaître qu'elles ont actuellement la même nature contentieuse.

Aussi bien, M. Langrod l'écrivait-il dès 1948 (91) : « La théorie juridique récente est en général d'accord pour constater l'unité de la notion de procédure juridique dans toutes les branches du droit. Il est évident que chaque branche crée pour elle-même des institutions processuelles différentes, adaptées à ses propres exigences et à ses conditions particulières... Mais ces différences naturelles ne peuvent en aucun cas dissimuler l'homogénéité foncière de l'ensemble et l'obligation d'appliquer à toutes lesdites branches les résultats de la science du procès juridique en général. »

Dans le même temps où l'analyse révèle que la cause de l'action exercée par le demandeur n'est pas différente suivant qu'il conclut à l'annulation d'un acte ou à la condamnation de l'administration et qu'une distinction des contentieux ne peut donc être fondée sur cette base, la notion de cause permet d'introduire une nouvelle distinction, pour clarifier l'ensemble des recours du contentieux administratif.

---

(90) Cf. Odent, p. 537.

(91) Langrod, « Procédure administrative et droit administratif », R.D.P. 1948, p. 549.

B. — La cause peut servir a fonder une nouvelle distinction des contentieux.

La notion de contentieux cesserait alors de porter sur les différents types d'action; elle deviendrait matérielle et non plus formelle. On aurait ainsi des contentieux contractuel, électoral, fiscal, disciplinaire, social, etc., et, dans chaque cas, le demandeur exercerait la même action, mais en se réservant de conclure à l'annulation, à l'indemnisation ou à une modification de l'acte critiqué.

Certes, le droit positif ni la doctrine n'en sont encore là. La recherche est d'ailleurs délicate. Un contentieux peut se définir comme un corps de règles, ou une branche du droit, autonome; et l'on sait qu' « une branche quelconque du Droit ne se développe de façon distincte, n'acquiert une véritable autonomie par rapport aux branches du Droit voisines, que s'il lui correspond, à défaut de Code distinct, une juridiction distincte » (92). Comme la condition n'est pas toujours remplie, il s'en faut, les différents contentieux n'existent qu'en puissance et n'affleurent que rarement sous leur aspect autonome au plan des arrêts.

Quoique délicate, cette recherche nous semblerait pourtant fructueuse, car elle viendrait compléter et appuyer les efforts déjà réalisés en matière de compétence et de fond du droit.

1. — *Le fondement de la distinction proposée.*

Il résiderait dans la cause de l'action exercée, c'est-à-dire dans le statut juridique invoqué par le demandeur à l'appui de son recours. Le contenu des conclusions (annulation, réformation, indemnisation) passerait donc au second plan, la distinction se fondant sur des critères d'ordre matériel.

En une étude devenue classique, M. Trotabas a mis en relief l'autonomie du droit fiscal (93) et montré que, en dépit du partage de compétence entre tribunaux administratifs et tribunaux judiciaires, en dépit du fait que des types d'action considérés comme irréductibles s'y combinaient, « par lui-même... le contentieux fiscal transforme le juge saisi, quel qu'il soit, en juge fiscal ».

Plus récemment, M. Gazier s'est appliqué à convaincre le Conseil d'Etat de l'autonomie du droit disciplinaire, où « ce qui domine, c'est le caractère global et indivisible de la poursuite » (94) ; il y a réussi. On pourrait de même, croyons-nous, démontrer l'autonomie des contentieux répressif, électoral, contractuel, quasi

(92) Waline, p. 33.

(93) « La nature juridique du contentieux fiscal en droit français », *Mélanges Hauriou*, 1929, p. 711.

(94) Conclusions sous Maury, 8 novembre 1957, A.J. 1958-2-51.

délictuel, social, professionnel, économique, des contentieux des libertés publiques et de celui qui concerne la propriété immobilière, d'autres encore sans doute.

Cette démonstration reposerait sur une base rationnelle. Elle pourrait éventuellement se compléter par une classification des contentieux ainsi déterminés; il faudrait notamment grouper ensemble les contentieux répressif, électoral et, sans doute, disciplinaire, qui participent de la même nature et ne donnent pas lieu à un véritable litige entre parties (95). Mais, à l'intérieur d'un même contentieux ou de contentieux de même nature, les règles processuelles devraient bien entendu être identiques; les plaideurs n'y auraient qu'une manière de saisir le juge de leur prétention, qu'un seul type d'action en justice, quitte pour eux à borner leurs conclusions à une simple annulation s'ils le désirent. On cesserait donc de considérer comme constituant une voie de droit autonome le recours du plaideur qui se contente de demander une annulation. La théorie du recours parallèle et celle des actes détachables perdraient leur raison d'être.

2. — *L'intérêt de la distinction proposée.*

La doctrine, la jurisprudence, et le législateur lui-même cherchent à clarifier les règles de compétence et à rapprocher, en des litiges semblables, le fond des solutions données par les juridictions civiles, administratives et pénales. Les conclusions auxquelles nous ont conduit l'analyse du recours pour excès de pouvoir dans sa forme contemporaine, et une distinction des contentieux fondée sur leur cause, s'insèrent dans le cadre de cette recherche, qui en marque l'intérêt et fournit une présomption favorable de leur exactitude.

On connaît l'effort contemporain pour dégager des « blocs de compétence » (96), la loi du 31 décembre 1957 qui donne compétence aux tribunaux judiciaires pour l'ensemble du contentieux des accidents d'automobiles, et le désir du Conseil d'Etat pour transférer aux tribunaux judiciaires l'ensemble du contentieux de la Sécurité Sociale et, plus généralement, celui des « rapports de droit privé » (97).

---

(95) Cf. *supra*, p. 35.

(96) L'expression est de M. Mosset, dans ses conclusions sous El Hamidia, 5 février 1954, J.C.P. 1954-2-8136.

(97) Cf., par exemple : El Hamidia, 5 février 1954, J.C.P. 1954-2-8136 (conclusions Mosset) ; Palaprat, 19 janvier 1954, J.C.P. 1954-2-8205 (note Chapus) ; Moritz, T.C. 26 mai 1954, S. 1954-3-85 (conclusions Letourneur) ; Bayens, 6 juillet 1955, R. 389 (conclusions Mosset) ; Hospices civils du Puy, T.C., 25 mars 1957, A.J. 1957-2-284, etc.

Cette jurisprudence, notamment la dernière, vient à l'appui de notre thèse. Elle a en effet transféré aux tribunaux judiciaires la connaissance de litiges qui pouvaient auparavant être tranchés au moyen du recours pour excès de pouvoir; le statut juridique applicable n'ayant pu évidemment changer de nature avec le transfert de compétence, il faut en conclure que l'action en excès de pouvoir avait alors la même nature que celle qui est aujourd'hui exercée devant les tribunaux judiciaires.

Et, réciproquement, notre thèse appuie cette jurisprudence en ce sens que, si l'on en admet le bien-fondé, bien des obstacles à la constitution et au transfert de blocs de compétence tombent d'eux-mêmes puisque, une fois admise l'unité d'un contentieux donné, il sera possible de déterminer l'ordre de tribunaux compétents pour en connaître, sans s'arrêter à l'obstacle constitué par la prétendue hétérogénéité des recours contentieux qui permettent d'en saisir le juge administratif.

Ainsi tendrait-on, par le canal de la procédure, vers une réunification du droit public et de droit privé. Il y manque au fond peu de chose. M. Chapus l'a montré pour le régime de la responsabilité (98) ; l'évolution ferait le reste dans les autres matières, contractuelles notamment. Les perspectives ouvertes par une telle évolution dépassent trop nettement le cadre de cette étude pour que nous les abordions autrement que pour conclure.

(98) Chapus, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, 1957.

CONCLUSION

Le sujet à traiter présentait une double caractéristique : portant sur une matière très connue dans ses éléments concrets, marqué par le cadre unanimement adopté d'une analyse doublement quadripartite des conditions de recevabilité et des cas d'ouverture, le recours pour excès de pouvoir est aussi le siège d'une évolution irréversible et fondamentale, évolution qui déborde et manifeste l'insuffisance des lignes directrices de l'analyse classique.

On ne pouvait donc se borner à une « revue de détail » effectuée dans le cadre traditionnel; il fallait conduire la démonstration en l'intégrant dans une présentation synthétique. Dès lors, l'examen des différentes pierres sur lesquelles on risquait d'achopper se trouvait nécessairement fractionné. Par exemple, le problème de la distinction des contentieux se trouve abordé à propos des conclusions, de l'objet du droit créé par le succès du recours, des moyens invocables et de la cause (1) ; ainsi encore, les mécanismes de l'appel sont-ils exposés en plusieurs fois (2) et le désistement traité a une place inhabituelle (3). D'autre part, certaines questions fondamentales, comme celle du contentieux contractuel, sont traitées assez brièvement (4), parce qu'elles marquent la limite de l'analyse; sans mésestimer en rien leur portée, il suffisait de montrer combien un revirement jurisprudentiel à leur sujet serait possible et justifié. Enfin, l'importance relative des développements devait tout à la fois tenir compte de leur importance théorique, même si la matière en était bien connue, et de la difficulté que l'on pouvait avoir d'en admettre le bien-fondé, même si leur portée doctrinale était limitée (5).

(1) Cf. pp. 96, 240, 273, 305 et 366.
(2) Cf. pp. 43, 90, 115 et 330.
(3) Cf. p. 53.
(4) Cf. p. 272.
(5) En matière de procédure civile toutefois, nous avons souvent utilisé des notions sans reproduire les discussions ou controverses qui les concernaient.

Aussi bien est-ce sur la valeur et la portée des conclusions dégagées à la fin de l'étude qu'il convient d'insister, plus que sur des questions de présentation formelle.

A. — La valeur de nos conclusions.

Elle est limitée, dans la mesure où l'évolution de la jurisprudence n'est pas terminée. A l'heure actuelle, le Conseil d'Etat a pris un certain nombre de positions qui autorisent à conclure à la disparition du recours pour excès de pouvoir comme voie de droit autonome, ou tout au moins — et ç'aurait pu être le titre de notre travail — à la muance de cette action.

Le mot muance est le nom donné, dans l'ancienne théorie de la solmisation au passage d'un hexacorde dans un autre, c'est-à-dire au changement d'une note dans une autre pour aller au-delà des six anciennes notes de musique. Mais surtout, le mot muance désigne l'état d'une voix d'enfant quand elle mue, à l'époque de la puberté. L'évolution du recours pour excès de pouvoir paraît depuis quelques années se faire suivant un processus tout à fait analogue; et peut-être pourrait-on sans paradoxe se demander si les formes de cette croissance ne répondent pas au fait d'une impuberté qui avait échappé jusqu'alors aux cliniciens les plus avertis de nos institutions judiciaires.

Mais il reste parfaitement possible que le Conseil d'Etat perçoive l'ampleur de l'évolution et, désirant garder au recours pour excès de pouvoir l'originalité qui a fait sa gloire, amorce un revirement et revienne à une conception purement objective du recours, procès fait à un acte. Il est toutefois plus probable que, à l'inverse, il accentue un mouvement dont nous avons montré qu'il était, dans les faits, plus qu'amorcé. Quelles que soient les solutions qui seront définitivement acquises, nous aurons atteint notre but si nous avons convaincu que le régime actuel du recours pour excès de pouvoir recèle une contradiction interne : véritable litige entre parties pour l'essentiel des règles processuelles, il reste pour le fond du droit marqué de ses origines et, notamment, inutilisable dans le contentieux contractuel.

Le doute qui demeure sur le sens de l'évolution ultérieure est donc loin d'affecter la valeur de nos conclusions; mais il contribue à en éclairer la portée.

B. — La portée de nos conclusions.

Dans la mesure où l'on en admet les conclusions, notre travail démontre qu'il n'y a qu'une façon de faire un procès et que le recours pour excès de pouvoir est devenu un type d'action sinon

identique du moins semblable aux actions du droit privé. Une telle proposition est lourde de conséquences.

Au plan contentieux, où nous nous sommes placé, elle signifie que, l'action en excès de pouvoir ayant perdu aujourd'hui ce qui constituait son originalité profonde, la doctrine doit repenser la conception et la présentation des recours du contentieux administratif en exposant d'une part la procédure administrative et la possibilité offerte au plaideur de donner à ses conclusions un contenu variable (annulation, réformation, indemnisation) et, d'autre part, les règles de fond et les modalités des divers contentieux. Quant à la jurisprudence, elle doit renoncer à maintenir artificiellement un domaine interdit au recours pour excès de pouvoir et, se montrant logique avec elle-même, admettre qu'il faut désormais parler de conclusions à fin d'annulation et non de recours pour excès de pouvoir; ce dernier a en effet cessé d'être une voie de droit autonome et les termes « excès de pouvoir » ne sont plus aujourd'hui chargés que d'une signification purement matérielle. Mais ces conclusions, qui sont la conséquence inéluctable de nos développements, doivent encore être dépassées.

Au plan de l'organisation étatique, la disparition du recours pour excès de pouvoir est le signe que le rapprochement du droit public et du droit privé, maintes fois signalé et souvent souhaité, se réalise dans ce qui fait l'originalité et la force de l'intervention du juge : la procédure de l'acte juridictionnel. Cela étant, il faut dire qu'une telle évolution signifie aussi que l'Etat, en jouant le rôle d'une simple partie dans le litige qui met en cause les modalités du pouvoir qu'il incarne et qu'il exerce par ses organes, se trouve ramené au niveau du plaideur, perdant ainsi l'un de ses privilèges.

Il est caractéristique que cette évolution se réalise dans le temps où le pouvoir, à mesure qu'il étend ses domaines d'application — limitant ainsi sans cesse davantage l'autonomie laissée aux libertés individuelles — tend aussi, par un processus inverse, à se fractionner entre divers titulaires et à se limiter par l'octroi des divers « statuts » accordés aux administrés.

La pression des groupes et des forces économiques, syndicales et politiques, leur combat pour s'approprier une puissance que la règle du jeu démocratique accorde au plus dynamique, ont en effet abouti à une sorte d'équilibre où chacun a sa part d'un « pouvoir en miettes ». Faut-il alors s'étonner si la procédure reflète cette évolution et si, en cessant de voir le système à travers ses lunettes — c'est contempler ses propres lunettes, disait Alain —, on perçoit que la superstructure constituée par les modalités contentieuses de contrôle du pouvoir a évolué depuis les origines,

de façon à rester adaptée à l'infrastructure qui est son fondement : la manière dont le pouvoir est attribué, réparti, exercé ?

Cette évolution doit être approuvée et encouragée. Le rôle naturel du juge, en effet, n'est pas de gouverner, mais de dire le droit et d'assurer la protection des individus qui font appel à sa juridiction; seule une procédure appropriée aux questions qu'il doit résoudre peut lui permettre de remplir sa tâche. On ne saurait regretter, au nom de principes qui ne correspondent sans doute plus aux structures contemporaines, que, en introduisant la notion de partie dans le recours pour excès de pouvoir, le Conseil d'Etat ait tiré la conséquence de l'évolution et, assurant l'adéquation de la procédure avec le fond du droit, contribué à apporter, suivant la formule de Gény, « la sécurité juridique par la certitude juridique ».

Vu,
Le Président de la thèse :
P. WEIL.

Vu,
Le Doyen :
A. AUDINET.

Vu et permis d'imprimer,
Le Recteur :
J. BLACHE.

TABLE DES ARRETS

Cette table alphabétique comprend, parmi les arrêts que nous avons utilisés, ceux qui sont postérieurs à l'entrée en vigueur de la réforme du contentieux administratif (1954) ainsi qu'une trentaine de décisions antérieures, qui nous ont semblé particulièrement topiques (par exemple Boussuge) ou que nous avons spécialement discutées (par exemple de Villèle).

Ackein, 2 janvier 1938, ... 117
Ainardi, 20 octobre 1956, ... 84
Aknin, 5 janvier 1957 112
Aldègue, T.A. Oran, 3 nov. 1955 .. 200
Alger (Ville d' contre consorts Maouch), 22 février 1957 108
André (dame), 4 mars 1955, 103, 109, 296
Annoelin (ville d'), 14 nov. 1956 .. 292
Arles (ville d'), 1er avril 1955 152
Arvaud, 14 mars 1956 311
Association des anciens élèves de l'E.N.A., 7 janvier 1955 142
Association Ed Hamidia, 5 février 1954 ..... 67, 372
Association Front National, 14 octobre 1955 283
Association générale des administrateurs civils, 26 octobre 1956, 127, 141
Association La Légion des volonres français, 26 mars 1954 121
Association nationale des usagers d'embranchements particuliers, 14 novembre 1957 278
Association professionnelle des agents d'Algérie, 22 févr. 1956 .. 148
Association « Les résistants Voix du Nord », 7 décembre 1956 315
Aubry et Butot, 10 juin 1910 105
Audouin, T.C. 10 décembre 1956 .. 66
Augier, 8 juin 1934 291
Azambuja (d'), 26 octobre 1956 255
Azoulay, 3 mai 1957 196
Balthazard (dlle), 26 nov. 1954 229
Balpêtré, 31 mai 1957 100
Barel, 28 mai 1954 253
Bastia (ville de), 11 déc. 1957 336
Bellon, 29 juin 1956 295
Benabeng, 13 mai 1955 100
Benne (dame), 2 janvier 1957 88
Berguin, 15 juin 1955 197
Bernardet, 1er juillet 1955 .. 106, 111
Bierge, 20 janvier 1954 102
Blanc, Argaing, Bezie, 31 mars 1911, 100
Blancheton, 24 mai 1957 296
Blang, 4 janvier 1957 106
Blin, 25 février 1957 128
Bolleret, 14 mars 1955 283
Bondurand, 29 octobre 1954 135
Bonnet, 10 février 1954 87
Bonsignour (dame), 3 mars 1954 .. 87
Bouchicha Mostefa, 23 octobre 1954, 86
Boussuge, 29 décembre 1912 223
Boyer, 24 novembre 1956 67
Brenier, 1er juillet 1955 .. 196, 333, 346
Brissaud, 7 juin 1957 ..... 311, 350

Caboz, 5 juillet 1944 284
Cancre, 4 novembre 1955 57
Castelli, 27 avril 1956 195
Castelnaudary (ville de), 16 juin 1932 291
Caussidéry, 10 décembre 1954 104
Cavalier (demoiselle), 26 octobre 1956 ..... 138, 255, 301, 356

Chabani, Mekki, Cherifi, Laribi, 2 novembre 1956 195
Chabert, 20 mai 1955 ..... 290, 356
Chambre de commerce de Brazzaville, 19 mars 1954 ..... 333, 345
Chambre syndicale du commerce, de la réparation, du garage, de l'entretien et du ravitaillement de l'automobile, 25 oct. 1957 .. 253, 294
Charles, 1er juillet 1955 .. 252, 335, 346
Chateauraynaud, 13 juin 1956 195
Chauveau, 9 novembre 1955 110
Chauvet, 27 novembre 1957 330
Chemin, 11 mai 1955 103
Chevallier et Tedeschi (préfet de police contre consorts), 22 juin 1951 ..... 97, 219
Chouffot, 12 nov. 1954 ..... 111, 285
Clément, 17 février 1956 .... 287, 351
Clément, 17 octobre 1956 311
Colonna de Cinarca et Tagnata, 20 octobre 1954 337
Comité de défense des libertés professionnelles de l'ordre professionnel des experts-comptables, 16 juillet 1954 196
Comité X, 21 juin 1955 149
Compagnie d'assurances Motor Union, 7 janvier 1957 110
Compagnie française des automobiles de place, 2 mars 1956, 115, 290, 357
Compagnie Le Phénix-Accidents, 7 décembre 1956 110
Corbeil (M.R.L. contre dame Vve), 27 juin 1956 182
Cournu, 1er avril 1955 311
Cousin, 17 décembre 1956 117
Cousinard (dame Vve), T.A. Lille, 28 février 1958 135
Crégut, 7 juillet 1954 195
Crève-Cœur, 11 février 1955, .. 103, 104
Cru, 3 décembre 1954 104

D. (dame), 7 mai 1955 334
Dacquignies, 25 mai 1944 263
Danos, 10 février 1956 56
Declaux, 25 octobre 1957 284
Dellières, 23 décembre 1955 117
Dellion, 19 décembre 1955 138
Deltel (époux), 16 avril 1955 52
Delzant, 7 novembre 1956 196
Demay, 3 décembre 1955, 118, 128, ... 166, 221
Département de la Sarthe, 5 juillet 1957 135
Deporte (Secrétaire d'Etat aux Affaires économiques contre), 29 avril 1955 ..... 116, 175
Desperamons (ministre de l'Intérieur contre), 23 mars 1957 116
Desseaux, 12 octobre 1956 117
Destresse, 17 février 1956 .... 331, 351
Dirat, 26 mai 1950 ..... 202, 311
Dombret, 20 janvier 1956 110
Dubreuil (ministre de la Reconstruction contre dlle), 17 févr. 1956 113
Dujaucourt, 2 novembre 1957 287

Ecole nationale d'administration, 4 juin 1954 154
Ecole professionnelle de dessin industriel, 20 avril 1956 ..... 189, 190
Egaze, 27 avril 1956 287
Etablissements Cotelle et Foucher, 9 janvier 1956 ..... 199, 335
Eyraud, 20 octobre 1954 356

Fabre Mercier, 25 juin 1954 195
Fage, 14 mai 1954 ..... 333, 346
Falco et Vidaillac, 17 avril 1953, ... 52, 68, 82
Fédération patronale des cadres du transport, 12 juillet 1955 147
Félix, 20 mars 1957 311
Floch, 18 octobre 1957 ..... 118, 221
Fontanes (comm. de), 17 oct. 1956 113
Fraguier (époux de), 27 février 1948 ..... 93, 149

Gaebelé, 2 avril 1954 121
Garrigou, 16 mars 1956 43
Gatthas, T.A. Paris, 28 févr. 1956 88
Ged, 7 janvier 1955 ..... 296, 355
Gémi, 14 octobre 1955 103
Général commandant supérieur des troupes de l'A.E.F., 8 janv. 1956, 178
Gerbaud (dame), 13 juillet 1955 .. 285
Gervais, 20 oct. 1955 ..... 330, 346
Ginestet (dame Vve), 23 mars 1956, ... 331, 333, 343
Girard, 3 mai 1957 65
Goodert, 29 novembre 1957 195
Goumin, 25 avril 1956, ... 333, 345
Gounerie (dlle de la), T.A. Caen, 10 février 1956 113
Greffe, 19 octobre 1954 311
Grenet, 5 octobre 1955 195
Grip, Blisnick, Hachette, 12 novembre 1955 194
Grundberg, 12 juillet 1955, 321, 344, 346
Guenzi, 2 novembre 1956 87
Guignard, 5 avril 1944 101
Guyader, 10 juillet 1954 135

Hames, T.A. Oran, 6 févr. 1956 .. 192
Hivet, 25 mars 1955 132
Hospices civils du Puy, T. C., 25 mars 1957 ..... 113, 372
Hospices de Perpignan, 20 mars 57 286
Hospital, 15 février 1956 87

Hubert, 20 septembre 1955 109

Jégo, 23 février 1955 103
Jobit, 26 mai 1948 55
Lacame, 11 mai 1955 100
Lacombe, 24 mars 1954 293
Lafage, 8 mars 1912 ..... 41, 70, 101
Lamotte (ministre de l'Agriculture contre dame), 17 févr. 50.. 51, 64 82
Lancrin, 19 décembre 1956 355
Lapouge et Mandary, 5 janv. 1955.. 288
Lazarini, 26 octobre 1956 311
Lepage, 17 janvier 1955 292
Le Parc, 7 janvier 1955 149
Leprêtre, 18 février 1955 106
Lodorici, 11 mai 1955 103
Lods, 4 février 1955 274
Lombard, 2 nov. 1956 ..... 196, 253
Loret (dame Vve), 7 déc. 1956 110
Louarn, 13 février 1948 46
Lyon (ville de), 24 juin 1955 294

Mantéga, 18 janvier 1957 106
Marchand, 6 mai 1955 109
Marcotte, 4 février 1955 .... 131, 253
Mariani (dame), 13 juillet 1956 .. 327
Marnia (commune mixte de), 25 novembre 1955 257
Marseille (ville de), 23 nov. 1956, 179
Martin, 4 mars 1955 356
Martin (dame Vve), 27 mai 1955 .. 109
Martin, 14 décembre 1956 107
Mathias, 12 octobre 1956 106
Maury, 8 novembre 1957 356
Mazuel, 7 novembre 1956 110
Meallet, 24 janvier 1958 ..... 197, 354
Meisterhams, 29 avril 1957 318
Mellon, 24 février 1954 86
Ministre des Anciens Combattants, 1er août 1955 333
Ministre des Finances, 10 mars 1933, 155
Ministres des Finances, 15 nov. 1955, 334
Ministre de l'Intérieur, 2 nov. 1934, 155
Monceau, 30 avril 1954 ..... 333, 346
Morand (époux), 14 nov. 1955 286
Morin, 4 janvier 1956 283
Muller, 21 janvier 1955 ..... 289, 346

Nel, 13 février 1957 338
Néris-les-Bains (maire de), 7 juin 1902 ..... 71, 157, 180

Office public d'H.L.M. de la Seine, 13 juillet 1956 ..... 103, 113
Office publicitaire de France, T.C. 19 mai 1954 269
Offner, 18 février 1955 106
Orcières (commune d'), 16 novembre 1955 ..... 336, 357
Ottavioli, 22 juin 1955 289

Pabion (ville de Nîmes contre), 1er juin 1956 181
Palaprat, 19 janvier 1954 .... 262, 372
Parpais, 14 novembre 1957 136
Peltier, 17 mars 1954 284
Pénicaud, 16 novembre 1956 319
Peyroux, 29 avril 1955 87
Picaronny, 13 mai 1955 318
Piquet, 23 mars 1956 295
Piéton-Guibout (secrétaire d'Etat à la Reconstruction contre), 13 juillet 1956 113
Piétri, 5 juin 1957 112
Ploudaniel (commune de), 2 juin 1954 181
Poiré, 9 janvier 1929 290
Pommier, 19 janvier 1955 312
Potut, 27 janvier 1956 357
Préfet d'Eure-et-Loir, 8 février 1956, ... 93, 172, 178
Préfet de la Gironde, 17 juillet 1957 ..... 86, 93, 172, 178, 182
Préfet du Pas-de-Calais, 2 nov. 55, 181
Préfet de police contre Roulois, 22 février 1957 108

R. (sieur), 5 mars 1955 334
Raffinerie de pétrole du Nord, 7 octobre 1955 86
Reuteux, 15 juillet 1955 100
Roulleau, 19 mai 1954 337
Rousseau, 12 octobre 1956.. 88, 110, 226
Royan (ville de), 15 mai 1957 113
Rozé, 8 mars 1957 292

Saint-Martin-en-Vercors (commune de), 24 avril 1955 103
Saporta, 12 octobre 1956 113
Sarreguemines (ville de), 19 juin 31, 291
Saverne (ville de), 4 févr. 1955 274
Saxée (de), 20 nov. 1957 86
Secrétaire d'Etat au Budget, 16 juin 1955 288
Secrétaire d'Etat au Budget contre Société K., 13 juillet 1955 108
Serfati, 18 janvier 1957 357
Simon, 24 mai 1957 ..... 65, 68
Simonet, 17 mai 1957 ..... 52, 109
Sin, 15 juin 1955 288
Société anonyme des automobiles Berliet, 29 décembre 1949 327
Société anonyme des grands travaux de Marseille, 6 mai 1955 .. 64, 67, 274
Société approvisionnement, vente et publicité, 1er juin 1956 149
Société des ateliers du Midi, 30 novembre 1956 357
Société d'aviation Michel, 7 octobre 1955 177

Société B.A.B. et B.L.B., 16 novembre 1956 139
Société civile de Dervallières, 22 juin 1955 ..... 292, 294
Société Dockès frères, 21 avril 1944, 55
Société des établissements Marius Martin, 19 février 1954 102
Société Fabre, 20 février 1953 101
Société financière de France, 15 octobre 1954 315
Société des forges et aciéries de Saint-François, 15 juill. 1954, 333, 346
Société française de mécanique, 11 janvier 1957 87
Société française de transports Gondrand frères, 11 mai 1956, 344, 356
Société France Auto Cycle (secrétaire d'Etat aux Forces armées contre), 22 février 1957 116
Société Intercopie, 20 février 1953, ... 287, 321, 333, 346
Société M.O.R.A.I., 16 février 1955, 97
Société Nocovin, 11 juillet 1956 .. 67
Société des papeteries Boucher, 14 avril 1953 101
Société Roger Grima, 12 févr. 1954. 286
Soleil, 3 avril 1957 311
Sorin, 23 mars 1956 193
Sous-préfet de Thionville, 6 janvier 1956 ..... 88, 90, 172, 178
Sous-secrétaire d'Etat à la Marine marchande, 10 mai 1957 113
Stefani, 29 juin 1956 138
Syndicat autonome du personnel enseignant des Facultés de Droit, 4 janvier 1957 132
Syndicat des marchands du Carreau-du-Temple, 27 janvier 1954 128
Syndicat national du commerce des métaux, 25 février 1955 333
Syndicat national des ingénieurs de la navigation aérienne, 24 juin 1955 318
Syndicat national des médecins biologistes, 11 mai 1955 103
Syndicat des ophtalmologistes des Hôpitaux de Paris, 4 févr. 1954, 178
Syndicat de la raffinerie de soufre française, 26 nov. 1954 .... 274, 276

Têtefort, 2 février 1957 195
Thérouanne (commune de), 4 juin 1954 153
Thiant, 23 janvier 1925 317
Thorame, 10 février 1956 355
Tremeau, 1er avril 1955 106
Troppi, 22 nov. 1957 ..... 340, 352

Union générale des fédérations de fonctionnaires, 12 juillet 1957, 40, 262

Vally, 20 nov. 1942 ..... 267, 292
Vasnier, 1er juin 1953 ..... 283, 362
Vichy (ville de), 8 juillet 1955, 118, 221
Villèle (de), 19 avril 1950 55
Vincent, 18 juin 1956 136

Warnod, 13 mars 1953 97
Weisgerber, 7 janvier 1955 299
Weyer, 20 juin 1955 103

X., 5 mars 1955 136
X., 23 mars 1956 355

BIBLIOGRAPHIE

Cette bibliographie ne comprend que les ouvrages et articles qui nous ont réellement servi dans l'étude et la présentation de notre sujet. Elle ne comprend ni les ouvrages et articles qui n'ont été utilisés qu'incidemment, et auxquels il est renvoyé en note, ni surtout les notes de jurisprudence qui sont citées en temps utile et dont on retrouvera les principales et les plus récentes en utilisant la table alphabétique des arrêts.

Les références aux manuels usuels sont faites par le nom de l'auteur et la page ou le numéro de l'ouvrage (par exemple, WALINE, p. 10, signifie : WALINE, *Droit administratif*, 1957, p. 10). Sauf indication contraire (T.A. = tribunal administratif; T.C. = tribunal des conflits), les arrêts cités sont des arrêts du Conseil d'Etat statuant au contentieux, leur référence étant donnée au *Recueil Lebon* (R.), à la *Revue pratique de droit administratif* (R.P.D.A.), à la *Revue du droit public* (R.D.P.), à l'*Actualité juridique*, édition droit administratif (A.J.), à la *Revue politique et juridique de l'Union française* (R.P.J.U.F.), au *Dalloz* (D.), au *Sirey* (S.), à la *Semaine juridique* (J.C.P.), ou à la revue *Etudes et documents* (E.D.).

I. — MANUELS, TRAITES ET OUVRAGES GENERAUX

ALIBERT : *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, 1926.

CUCHE et VINCENT : *Procédure civile et commerciale*, précis Dalloz, 1958.

CHENOT : *Les institutions administratives françaises*, cours I.E.P. de Paris, 1954-1955.

DUEZ et DEBEYRE : *Traité de droit administratif*, 1952.

DUGUIT : *Traité de droit constitutionnel*, 3e éd., 1927, 5 vol.

GÉNY : *Science et technique en droit privé positif*, 1913-1924, 5 vol., réimprimé en 1956.

GUILLIEN : *L'exception de recours parallèle*, 1934.

HAURIOU : *Précis élémentaire de droit administratif*, 5e éd., 1943.

LAFERRIÈRE : *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2e éd., 1896, 2 vol.

LAUBADÈRE (de) : *Traité élémentaire de droit administratif*, 1957.

MICHOUD et TROTABAS : *La théorie de la personnalité morale et son application au droit public français*, 3e éd., 1932, 2 vol.

ODENT : *Contentieux administratif*, cours I.E.P. de Paris, 1953-1954.

PLANIOL, RIPERT et BOULANGER : *Traité élémentaire de droit civil*, 1950-1951, 3 vol.

ROLLAND, *Précis de droit administratif*, 1951.

SOLUS : *Cours de droit judiciaire privé*, 3e année de licence, 1953-1954.

VEDEL : *Cours de droit administratif*, 2e année de licence, 1953-1954.

VIZIOZ : *Etudes de procédure*, 1956.

WALINE : *Droit administratif*, 7e éd., 1957.

Encyclopédie Dalloz de procédure civile, 1955-1956, mise à jour 1957.

Jurisclasseur de droit administratif.

Jurisclasseur de procédure civile.

Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, LONG, WEIL et BRAIBANT, 1956.

Chroniques de jurisprudence à l'*Actualité juridique* (édition droit administratif), à la *Revue du droit public*, à la *Revue trimestrielle de droit civil.*

II. — THESES DE DOCTORAT

AUBY : *La théorie de l'inexistence des actes administratifs*, Paris, 1947.

AZARD : *L'immutabilité de la demande en droit judiciaire français*, Paris, 1936.

BARTHÉLEMY : *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, Toulouse, 1899.

BÉRARD : *La notion d'intérêt dans le recours pour excès de pouvoir*, Paris, 1932.

BOYREAU : *De la prohibition des demandes nouvelles en appel*, Bordeaux, 1945.

DUBISSON, *Le distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir*, Paris, 1955 (dactylographiée).

FONT-RÉAULX : *Les pourvois devant le Conseil d'Etat contre les décisions des autres tribunaux administratifs*, Poitiers, 1930.

GASSIN : *La qualité pour agir en justice*, Aix, 1955.

GOLDENBERG : *Le Conseil d'Etat juge du fait*, Paris, 1932.

GORSE : *L'acte de nature à faire grief dans le recours pour excès de pouvoir*, Paris, 1951.

IMBERT : *L'évolution du recours pour excès de pouvoir*, 1872-1900, Paris, 1952.

JACQUEMART : *Le Conseil d'Etat juge de cassation*, Lille, 1956 (polycopiée).

KRITTER : *La tierce opposition en droit administratif*, Paris, 1935.

LADREIT DE LACHARRIÈRE : *Le contrôle hiérarchique de l'administration en la forme juridictionnelle*, Paris, 1937.

LANDON : *Le recours pour excès de pouvoir sous le régime de la justice retenue*, Paris, 1942.

LENOAN : *La procédure devant le Conseil d'Etat statut au contentieux en première et dernière instance*, Paris, 1954.

MARTIN DE LA MOUTTE : *L'acte juridique unilatéral, essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, Toulouse, 1951.

MÉJEAN : *La procédure devant le Conseil de préfecture*, Paris, 1949.

ROSSIGNOL : *La représentation de l'Etat devant les tribunaux judiciaires*, Paris, 1952.

TOURDIAS : *Le sursis à exécution dans les décisions administratives*, Bordeaux, 1956.

VEDEL : *Essai sur la notion de cause en droit administratif français*, Paris, 1934.

VÉNÉZIA : *Le pouvoir discrétionnaire*, Paris, 1956 (dactylographiée).

WEIL : *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, Paris, 1952.

III. — ARTICLES ET CHRONIQUES

AUBY : « Les recours administratifs », A.J. 1955-1-117.

— « La procédure administrative non contentieuse », D. 1956, chr., 27.

— « Le régime juridique des avis dans la procédure administrative », A.J. 1956-1-53.

BERLIA : « Le vice de forme et le contrôle de la légalité des actes administratifs », R.D.P. 1940-1941, p. 370.

BONNARD : « Les droits publics subjectifs des administrés », R.D.P. 1932, p. 695.

— « Léon Duguit, son œuvre, sa doctrine », R.D.P. 1929, p. 44.

BONNEAU : « Contribution jurisprudentielle à l'essor du référé administratif », R.P.D.A. 1957, p. 142.

BOSC : « Des recours collectifs en droit public français », R.D.P. 1927, p. 348.

CHARLIER : « La cause dans la jurisprudence administrative récente », J.C.P. 1950-1-871.

COLLIARD : « La notion d'acte détachable et son rôle dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », in « L'évolution du droit public » (*Mélanges Mestre*), 1956, p. 115.

COPPER-ROYER : « Les conditions du retrait d'un acte administratif », A.J. 1954-1-141.

DEBEYRE : « Le recours pour excès de pouvoir et le contrat », R.D.P. 1938, p. 215.

DRAGO : « L'évocation dans la procédure administrative », R.D.P. 1957, p. 453.

DUPUY : « Le pourvoi en cassation et la dualité du contentieux de l'annulation », R.D.P. 1950, p. 510.

EISENMANN : « L'arrêt Montpeurt, légendes et réalités », *Mélanges Mestre*, 1956, p. 211.

— « Le droit administratif et le principe de légalité », E.D. 1957, p. 25 .

FEUER : « Contribution à une théorie de l'appel dans la procédure administrative », R.D.P. 1958, p. 19.

GABOLDE : « A la recherche du recours pour excès de pouvoir », R.P.D.A. 1957, p. 97.

— « La notification et la signification des jugements des tribunaux administratifs et le délai d'appel au Conseil d'Etat », R.P.D.A., avril-mai 1957.

GAZIER : « Essai de présentation nouvelle des ouvertures du recours pour excès de pouvoir en 1950 », E.D. 1951, p. 77.

GIVERDON : « La qualité, condition de recevabilité de l'action en justice », D. 1950, chr., 85.

GONIDEC : « Contrat et recours pour excès de pouvoir », R.D.P. 1950, p. 58.

GUILLIEN : « Essai sur une réforme générale du contentieux administratif », D. 1955, chr., 97.

— « Le problème de la juridiction administrative, et spécialement de droit commun, parmi les problèmes généraux, et notamment politiques, de l'Etat », *Mélanges Mestre*, p. 285.

HEILBRONNER : « Recours pour excès de pouvoir et recours de pleine juridiction », D. 1953, chr., 183.

HEURTÉ : « La notion d'ordre public dans la procédure administrative », R.D.P. 1953, p. 615.

— « L'acquiescement dans la procédure administrative », R.P.D.A. 1954, p. 182.

— « La tierce opposition en droit administratif », D. 1955, chr., 67.

— « Conclusions nouvelles et moyens nouveaux à l'audience du tribunal administratif », A.J. 1957-1-37.

LAMPUÉ : « La notion d'acte juridictionnel », R.D.P. 1946, p. 1.

— « La distinction des contentieux », *Mélanges Scelle*, 1950, p. 285.

LANGROD : « Procédure administrative et droit administratif », R.D.P. 1948, p. 549.

LETOURNEUR : « L'apparition de nouveaux éléments subjectifs dans le recours pour excès de pouvoir », E.D. 1953, p. 66.

LUCAS : « Le retrait des actes administratifs individuels », D. 1952, chr., 101.

— « Recours pour excès de pouvoir et double degré de juridiction », D. 1957, chr., 116.

MATHIOT : « La théorie des circonstances exceptionnelles », *Mélanges Mestre*, 1956, p. 413.

MAZEAUD : « De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droit », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1929, p. 17.

MÉGRET : « De l'obligation pour l'administration de procéder à un examen particulier des circonstances de l'affaire avant de prendre une décision, même discrétionnaire », E.D. 1953, p. 77.

NGUYEN QUOC DINH : « L'intervention dans le recours pour excès de pouvoir », R.D.P. 1946, p. 389.

RIVERO : « La réforme du contentieux administratif », R.D.P. 1953, p. 929.

ROUBIER : « La distinction de l'action en contrefaçon et de l'action en concurrence déloyale », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1952, p. 162.

SOTO (de) : Recours pour excès de pouvoir et interventionnisme économique », E.D. 1952, p. 64.

TROTABAS : « La nature juridique du contentieux fiscal », *Mélanges Hauriou*, 1929, p. 711.

VASSEUR : « Délais préfix, délais de prescription, délais de procédure », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1950, p. 439.

VIRALLY : « L'introuvable acte de gouvernement », R.D.P. 1952, p. 317.

WALINE : « Vers un reclassement des recours du contentieux administratif », R.D.P. 1935, p. 205.

— « Le retrait des actes administratifs », *Mélanges Mestre*, 1956, p. 563.

WEIL : « Une résurrection : la théorie de l'inexistence des actes administratifs », D. 1958, chr., 49.

WEILL : « Les premiers résultats de la réforme du contentieux administratif », E.D. 1957, p. 131.

IV. — CONCLUSIONS

AUCOC : sous Bizet, 13 mars 1867, D. 1869-3-74.

BERNARD : sous Chauveau, 9 novembre 1955, A.J. 1956-2-1.

BLUM : sous Boussuge, 29 décembre 1912, R. 1128.

CHARDLAU : sous abbé Giloteaux, 6 mars 1953, R. 117; sous E.N.A., 4 juin 1954, R. 338; sous S.A. des Grands Travaux de Marseille, 6 mai 1955, A.J. 1955-2-327; sous Compagnie française des automobiles de place, 2 mars 1956, D. 1956-268; sous Office public d'H.L.M. de la Seine, 13 juillet 1956, R. 343; sous Piéton-Guibout, 13 juillet 1956, A.J. 1956-2-321.

CHARDENNET : sous abbé Déliard, 8 février 1908, R. 128; sous abbé Ollivier, D. 1910-3-21.

CHENOT : sous Gicquel, 10 février 1950, R. 100.

CORNEILLE : sous Baldy, 10 août 1917, R. 637; sous Société Nordeutscher Lloyd, 8 juillet 1921, S. 1925-3-12; sous Association des fonctionnaires de l'administration des P.T.T., 21 novembre 1923, R.D.P. 1923, p. 582.

DELBÈQUE : sous-secrétaire d'Etat à la Reconstruction, T.A. Caen, 17 février 1956, A.J. 1956-2-65.

DELVOLVÉ : sous ministre de l'Agriculture contre dame Lamotte, 17 février 1950, R.D.P. 1951, p. 478; sous du Garreau de la Méchenie, S. 1951-3-39; sous Warnod, 13 mars 1953, S. 1953-3-49.

DETTON : sous demoiselle Metz, 8 février 1935, R.D.P. 1935, p. 91.

DONNEDIEU DE VABRES : sous Martin, Piteau et Lhuillier, 28 mars 1952, R.D.P. 1952, p. 482.

FOUGÈRES : sous Société chocolaterie fine et confiserie du Rhône, 7 mai 1954, *Rev. adm.*, 1954, p. 266.

GAZIER : sous Bourgade, 9 juillet 1948, R.P.J.U.F. 1948, p. 356; sous Daudignac, 22 juin, D. 1951-589 ; sous Desgouillon, 5 décembre 1952, S. 1953-3-81 ; sous Maury, 8 novembre 1957, A.J. 1958-2-51.

GREVISSE : sous Floch, 18 octobre 1957, A.J. 1957-2-481.

GUIONIN : sous S.A. des automobiles Berliet, 22 décembre 1949, S. 1951-3-7; sous Cournu, 1er avril 1955, D. 1955-506 ; sous Arles (Ville d'), 1er avril 1955, R. 5; sous Grundberg, 12 juillet 1955, R. 407; sous Audouin, T.C., 10 décembre 1956, D. 1956-712; sous Meallet, 24 janvier 1958, D. 1958-326.

GULDNER : sous Girard, 31 mai 1957, D. 1957-430; sous Brissaud, 7 juin 1957, A.J. 1957-2-397; sous préfet de la Gironde, 17 juillet 1957, A.J. 1957-3-265.

HEUMAN : sous commune de Saint-Martin-en-Vercors, 22 avril 1955, *Rev. adm.*, 1955, p. 401; sous Simonet, 17 mai 1957, R. 314; sous Blancheton, 24 mai 1957, A.J. 1958-2-81.

JACOMET : sous X..., 3 novembre 1947, G.P. 1947-2-239; sous Cru, 10 décembre 1954, D. 1955-198.

JAGERSCHMIDT : sous Ville d'Avignon, 15 décembre 1899, S. 1900-3-73.

JOSSE : sous Chambre syndicale du commerce de détail de Nevers, 30 mai 1930, S. 1931-3-73; sous Augier, 8 juin 1934, D. 1934-3-31; sous Compagnie des Chemins de fer P.L.M., 21 janvier 1938, R. 70.

KAHN : sous dame Vve Ginestet, 23 mars 1956, A.J. 1957-2-164; sous Ainardi, 20 octobre 1956, A.J. 1957-2-98; sous Compagnie « Le Phénix », 7 décembre 1956, D. 1957-7.

LAGRANGE : sous Montpeurt, 2 avril 1943, D. 1944-52.

LANDRON : sous dame André, 4 mars 1955, R. 126; sous Hubert, 20 septembre 1955, R. 450 ; sous Société approvisionnement, vente et publicité, 1er juin 1956, A.J. 1956-2-335.

LASRY : sous X..., 23 mars 1956, D. 1957-150; sous Baillet, 12 octobre 1956, D. 1956-664; sous Mathias, 12 octobre 1956, A.J. 1956-2-413; sous Ville de Royan, 15 mai 1957. R.D.P. 1958, p. 109.

LAURENT : sous Gaebelé, 2 avril 1954, *Penant* 1954, p. 262; sous Charles, 1er juillet 1954, A.J. 1955-2-302; sous Chouffot, 12 novembre 1954, R.P.D.A. 1955, p. 4; sous Société M.O.R.A.I., 17 février 1955, R.P.D.A. 1956, p. 3; sous Offner, 18 février 1955, R. 101; sous Martin, 4 mars 1955, D. 1955-233; sous époux Deltiel, 16 avril 1955, D. 1956-44; sous secrétaire d'Etat aux Affaires économiques, 29 avril 1955, R. 221; sous Brenier, 1er juillet 1955, inédites; sous commune d'Orcières, 16 décembre 1955, A.J. 1956-2-26; sous Garrigou, 16 mars 1956, D. 1956-253 ; sous Ville de Nîmes contre Pabion, 1er juin 1956, R.P.D.A. 1956, p. 121 ; sous Blang, 4 janvier 1957, A.J. 1957-2-107.

LÉONARD : sous Lecocq, 7 janvier 1944, R.D.P. 1944, p. 331.

LETOURNEUR : sous Laugier, 16 avril 1948, S. 1948-3-36 ; sous Barel, 28 mai 1954, R. 308.

LONG : sous Ecole professionnelle de dessin industriel, 20 avril 1956, D. 1956-322; sous Société française des transports Gondrand frères, 11 mai 1956, A.J. 1956-2-247 ; sous Saporta, 12 octobre 1956, A.J. 1956-2-410, sous demoiselle Cavalier, 26 octobre 1956, A.J. 1957-2-29; sous sous-secrétaire d'Etat à la Marine marchande, 10 mai 1957, A.J. 1957-2-246.

MAYER : sous Chemins de fer de l'Etat contre Gautherau, 1er août 1924, D. 1924-3-53.

MOSSET : sous Association El Hamidia, 5 février 1954, J.C.P. 1954-II-8136; sous Syndicat de la raffinerie de soufre française, 26 novembre 1954, R.P.D.A. 1955, p. 7; sous Ged, 7 janvier 1955, D. 1955-69; sous sous-préfet de Thionville, 6 janvier 1956, R.D.P. 1956, p. 343; sous Association générale des administrateurs civils, 26 octobre 1956, R.D.P. 1956, p. 1309; sous Mantega, 18 janvier 1957, A.J. 1957-2-201; sous Rozé, 8 mars 1957, R. 147.

PICHAT : sous Lafage, 8 mars 1912, S. 1912-3-17.

ROMIEU : sous Martin, 4 août 1905, R. 749; sous Jacquin, 30 novembre 1906, R. 863.

SÉGALAT : sous Montpeurt, 31 juillet 1942, R.D.P. 1943, p. 57.

TARDIEU : sous Compagnie des Chemins de fer de l'Est, 6 décembre 1907, S. 1908-3-1.

TEYSSIER : sous Marc, 3 juin 1908, S. 1909-3-113.

TRICOT : sous Serfati, 18 janvier 1957, A.J. 1957-2-233; sous préfet de police contre Roulois, 22 février 1957, S. 1957-3-165; sous Balpêtré, 31 mai 1957, A.J. 1957-2-233.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION 1

Section 1. — L'objet de cette étude 2
§ 1. — Le recours pour excès de pouvoir et le juge 2
§ 2. — Le recours pour excès de pouvoir et la règle de droit 4
§ 3. — Le recours pour excès de pouvoir et les plaideurs 7

Section 2. — La position du problème 8
§ 1. — « Le » problème théorique à résoudre 9
§ 2. — La notion de partie 10
§ 3. — Le plan de notre étude 12

PREMIÈRE PARTIE

LES PERSONNES EN CAUSE AU RECOURS POUR EXCES DE POUVOIR EXERCENT UNE ACTION PERSONNALISEE 15

TITRE PRÉLIMINAIRE

LE RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR A LA MÊME NATURE QUE L'ACTION EN JUSTICE DU DROIT PRIVÉ 19

Chapitre Ier. — LA NOTION D'ACTION EN JUSTICE 21

Section 1. — L'extension de la notion d'action en justice 22
§ 1. — Distinction de l'action et de la demande en justice 22
§ 2. — Distinction de l'action et du droit 26

Section 2. — La compréhension de la notion d'action en justice 29
§ 1. — L'action est un pouvoir 30
§ 2. — La nature de ce pouvoir 33

Chapitre II. — L'ACTION EN EXCÈS DE POUVOIR 37

Section 1. — L'action en excès de pouvoir est une véritable action en justice 37
§ 1. — L'action en excès de pouvoir est un pouvoir objectif 38
§ 2. — Le recours pour excès de pouvoir est attribué de façon subjective 47

Section 2. — L'action en excès de pouvoir est d'ordre public 51
§ 1. — Le recours pour excès de pouvoir est ouvert même sans texte 51
§ 2. — Le désistement est toujours possible 53

CONCLUSION DU TITRE PRÉLIMINAIRE 58

TITRE PREMIER

L'ACTION EN EXCÈS DE POUVOIR EST UN VÉRITABLE POUVOIR DE SAISIR LE JUGE 61

Chapitre Ier. — LES ACTES ATTAQUABLES PAR LA VOIE DU RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR 63

Section 1. — Tout acte administratif est susceptible de recours pour excès de pouvoir 64
§ 1. — Il faut qu'il s'agisse d'un acte administratif 64
§ 2. — Il faut qu'il s'agisse d'un acte administratif individualisable .. 66

Section 2. — Il faut respecter l'ordre des compétences 68
§ 1. — Cas où tout recours juridictionnel est impossible 68
§ 2. — Cas où seul le recours pour excès de pouvoir est impossible .. 69

Chapitre II. — LE DÉFENDEUR AU RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR 71

Section 1. — Le recours est-il un recours hiérarchique ? 72

§ 1. — Il l'a été 73
§ 2. — Il ne l'est plus 78

Section 2. — Le recours pour excès de pouvoir est-il un procès fait à un acte ? 84
§ 1. — Sur le plan juridique 85
§ 2. — Sur le plan psychologique 91

Chapitre III. — LES CONCLUSIONS DES PARTIES EXPRIMENT UN VÉRITABLE POUVOIR DE SAISIR LE JUGE 95

Section 1. — Les conclusions définissent l'objet de la demande 96
§ 1. — Les conclusions dépendent de la chose à juger 97
§ 2. — La chose jugée dépend des conclusions 104

Section 2. — Les conclusions règlent la marche du litige 109
§ 1. — En première instance 110
§ 2. — Les voies de recours 115

TITRE II

L'ACTION EN EXCÈS DE POUVOIR EST ATTRIBUÉE SUBJECTIVEMENT 121

Chapitre Ier. — LA QUALITÉ DU DEMANDEUR 125

Section 1. — Le demandeur est un individu 126
§ 1. — Ce que l'intérêt ajoute au grief 127
§ 2. — Ce que le grief ajoute à l'intérêt 131
§ 3. — La qualité du particulier (quelques exemples) 135

Section 2. — Le demandeur est un groupement 139
§ 1. — Condition tenant à la spécialité du groupement 140

§ 2. — La distinction de l'action sociale et de l'action individuelle .. 143
§ 3. — La qualité des groupements (quelques exemples) 146

Section 3. — Le demandeur est une personne publique 150
§ 1. — Le principe de spécialité 151
§ 2. — Les règles organisation de l'Etat 155
§ 3. — La qualité des personnes publiques (quelques exemples) 158

Chapitre II. — La qualité du défendeur 165

Section 1. — Le choix de l'organe compétent pour défendre au recours: rôle de la notion d'intérêt 167
§ 1. — La théorie de l'organe 167
§ 2. — Son application 171

Section 2. — L'attribution du droit de défendre : rôle de la notion de grief 175
§ 1. — Le principe 175
§ 2. — Application et signification 176

Section 3. — La qualité du défendeur (quelques exemples) 182
§ 1. — Le problème du défaut de l'administration 182
§ 2. — Le problème des droits du maire et le caractère hétérogène de la qualité du défendeur 187

Chapitre III. — Le délai du recours pour excès de pouvoir 189

Section 1. — Le délai du recours pour excès de pouvoir est un délai de procédure 190

Section 2. — Le délai du recours pour excès de pouvoir est un délai de prescription 192
§ 1. — La technique de computation du délai 192
§ 2. — Le fondement du délai 200
§ 3. — Les effets de l'expiration du délai 203

Deuxième partie

LES PERSONNES EN CAUSE AU RECOURS POUR EXCES DE POUVOIR FONT VALOIR UN DROIT 205

Titre préliminaire

LES POSITIONS DOCTRINALES 207

Chapitre unique.

Section 1. — Le recours pour excès de pouvoir ne fait jamais valoir de droit 209
§ 1. — La théorie classique est discutable dans son principe 210
§ 2. — La théorie classique est inacceptable dans les conséquences auxquelles elle conduirait 216

Section 2. — Le recours pour excès de pouvoir fait parfois valoir un droit 223
§ 1. — Les conséquences pratiques de la distinction sont inacceptables 224
§ 2. — Le fondement de la distinction est discutable 229

Section 3. — Le recours pour excès de pouvoir fait toujours valoir un droit 232
§ 1. — L'école subjectiviste 233
§ 2. — Notre position personnelle 237
— La date de création du droit 238
— Le processus de création et les éléments du droit 240
Annonce de plan 242

TITRE PREMIER

L'OBJET DU DROIT 245

Chapitre Ier. — TOUS LES RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR PORTENT SUR UNE SITUATION PARTICULIÈRE 247

Section 1. — Le but du recours pour excès de pouvoir est la protection d'une situation individuelle 249
§ 1. — L'acte attaqué n'est pas réglementaire 249
§ 2. — L'acte attaqué est réglementaire 253

Section 2. — Le juge de l'excès de pouvoir examine les situations individuelles 260
§ 1. — La « mauvaise » optique : le contrôle du fait 261
§ 2. — La « bonne » optique : l'examen des situations individuelles.. 266

Chapitre II. — TOUTES LES SITUATIONS INDIVIDUELLES NE PEUVENT PAS ÊTRE PROTÉGÉES PAR LE RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR 273

Section 1. — Le recours pour excès de pouvoir est irrecevable contre un contrat 274

Section 2. — Le recours pour excès de pouvoir ne peut être fondé sur la violation d'un contrat 276

CONCLUSION DU TITRE PREMIER 278

TITRE II

LES MOYENS DE LA DEMANDE 279

Chapitre Ier. — LES MOYENS DE FOND 281

Section 1. — *L'existence des moyens* 282
§ 1. — Les parties sont libres de choisir leurs moyens 282
§ 2. — Le juge peut donner leur pleine portée aux moyens présentés par les parties 289

Section 2. — L'essence de la notion de moyen 296
§ 1. — La définition externe des moyens 298
§ 2. — La définition interne des moyens 303

Chapitre II. — LES MOYENS DE FORME 309

Section 1. — Le défendeur peut toujours apporter la preuve contraire. 310

Section 2. — Le défendeur peut toujours alléguer la force majeure ou le fait du demandeur 316

CONCLUSION DU TITRE II 320

TITRE III

LA CAUSE DE LA DEMANDE 321

Chapitre Ier. — LE PROBLÈME DE LA CAUSE SE POSE DANS LE CADRE D'UN LITIGE ENTRE PARTIES A CARACTÈRE SUBJECTIF 323

Section 1. — La jurisprudence relative à la cause confirme que le recours pour excès de pouvoir ouvre un litige entre parties .. 324
§ 1. — La jurisprudence relative à la cause dans le cadre de l'instance 325
§ 2. — La jurisprudence relative à la cause en dehors du cadre de l'instance 334

Section 2. — La jurisprudence relative à la cause confirme que le recours pour excès de pouvoir est un recours subjectif 338
§ 1. — La cause de l'action en excès de pouvoir ne se définit pas par les conclusions 338
§ 2. — La cause de l'action en excès de pouvoir ne se définit pas par les moyens 338

Chapitre II. — LA CAUSE DE LA DEMANDE EST LE STATUT JURIDIQUE INVOQUÉ PAR LE PLAIDEUR 340

Section 1. — La cause de la demande : analyse de ses éléments 340
§ 1. — La cause se dégage par l'analyse des moyens 341
§ 2. — Les moyens soulevés par les parties 344
— Les catégories créées par la jurisprudence 344
— La portée des catégories existantes 349
§ 3. — Les moyens d'ordre public 352
— La notion de moyen d'ordre public 354
— La signification des moyens d'ordre public 357

Section 2. — La cause de la demande ; essai de synthèse 360
§ 1. — La cause se définit par le recours pour excès de pouvoir 361
— La cause juridique du recours pour excès de pouvoir est le statut invoqué par le demandeur 361
— Les rapports entre la cause et la qualité 364
§ 2. — La cause définit le recours pour excès de pouvoir 366
— La cause définit le recours pour excès de pouvoir comme une action en justice semblable aux autres actions 367
— La cause peut servir à fonder une nouvelle distinction des contentieux 371

CONCLUSION 375
TABLE DES ARRÊTS 379
BIBLIOGRAPHIE 383
TABLE DES MATIÈRES 389

IMPRIMERIE GAMARD
17, Rue Raspail - Cachan (Seine)
— TYPOGRAPHIE VANÇON —
N° 309 8-4-59

LIBRAIRIE GÉNÉRALE
DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
Paris — N° 627
Dépôt légal · 2e trim. 1959

Printed
in France